UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES SOCIÉTÉS ET DES ACTIONNAIRES

■

Thèse pour le Doctorat
présentée et soutenue par
JEAN-PIERRE DE HOCHEPIED

Membres du Jury : Président : M. ROUSSEAU, Professeur
Suffrageants : Mme BASTID, Professeur
M. REUTER, Professeur

PARIS
EDITIONS A. PEDONE
LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, rue Soufflot, 13

1965

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534911_0050

LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES SOCIÉTÉS ET DES ACTIONNAIRES

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN

UNIVERSITE DE PARIS
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES SOCIÉTÉS ET DES ACTIONNAIRES

■

Thèse pour le Doctorat
présentée et soutenue par
JEAN-PIERRE DE HOCHEPIED

Membres du Jury : Président : M. ROUSSEAU, Professeur
Suffrageants : Mme BASTID, Professeur ; M. REUTER, Professeur

PARIS
EDITIONS A. PEDONE
LIBRAIRIE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, rue Soufflot, 13

1965

© Editions Pedone 1965

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LISTE DES ABREVIATIONS BIBLIOGRAPHIQUES LES PLUS FREQUEMMENT UTILISEES

— A.J.I.L. : *American Journal of International Law.*
— B.Y.I.L. : *British Year Book of International Law.*
— Clunet : *Journal du Droit international.*
— Gaz. Pal. : *Gazette du Palais.*
— J. Soc. : *Journal des Sociétés.*
— R.A.I. : *Recueil des Arbitrages internationaux.*
— Rec. Cours : *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye.*
— Rev. crit. de D. I. : *Revue critique de Droit international.*
— R.D.I.P. : *Revue de Droit international privé.*
— R.D.I.L.C. : *Revue de Droit international et de législation comparée.*
— R.G.D.I.P. : *Revue générale de Droit international public.*

INTRODUCTION GENERALE

La seconde moitié du XIX^e^ siècle et la première moitié du XX^e^ ont été marquées par des transformations considérables dans l'organisation de la vie économique. On a assisté à un développement jusqu'alors inconnu de la production, de la consommation et des échanges.

Sur le plan national, cette révolution économique a eu pour conséquence une modification profonde des structures. L'ère de l'artisan, du travail individuel, était révolue. On entrait dans l'ère du machinisme, de la civilisation scientifique et industrielle, et les activités, de plus en plus, se sont exercées de manière collective, en particulier dans le domaine du commerce et de l'industrie, où la création d'une entreprise de quelque importance a dès lors supposé des apports de capitaux dépassant les possibilités individuelles.

Parallèlement au développement économique sur le plan national, le nombre des échanges entre les pays s'est accru dans de larges proportions et, là encore, les nouvelles exigences du commerce international ont contribué à l'accroissement du nombre des sociétés, car seule la société, par la forme juridique qu'elle offre, peut permettre aux entreprises d'assumer leur activité internationale avec une ampleur suffisante.

Enfin, cette même période a été marquée par l'essor des investissements à l'étranger. Les capitaux des pays industrialisés, Etats-Unis, Grande-Bretagne, France, Allemagne, se sont investis partout dans le monde, finançant la construction de chemins de fer, de ports, l'exploitation des mines ou la mise sur pied d'activités économiques diverses.

C'est donc de cette période que datent la multiplication et le développement des sociétés commerciales. Rares étaient, avant 1850, les entreprises capitalistes groupant des capitaux importants et ayant un rayon d'action géographiquement étendu. Il en existait, certes, et dès le début du XVII^e^ siècle, en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas, mais elles constituaient des exceptions. Au contraire, à partir de la seconde moitié du XIX^e^ siècle, les sociétés se multiplient, prenant parfois des dimensions considérables.

Cette multiplication des sociétés a posé au juriste des problèmes nouveaux et originaux. Le droit commercial a résolu ceux qui se posaient dans le cadre du droit interne. Mais de nombreux problèmes débordent ce cadre et touchent, les uns au droit international privé, les autres au droit international public. Cette dernière catégorie n'est pas la moins importante. Elle se préoccupe en effet de savoir dans quelle mesure une société peut se voir accorder par un Etat dont elle est ressortissante les avantages que cet Etat réserve à ses nationaux et refuse aux étrangers, et parmi ceux-ci le bénéfice de la protection diplomatique. C'est de cette dernière question que nous traiterons. Elle présente un intérêt de premier ordre si l'on songe que, à partir du moment où les sociétés participent d'aussi près, de façon aussi constante et en aussi grand nombre, à la vie économique et au commerce international, l'impératif de sécurité devient pour elles primordial et d'autant plus difficile à préserver que, soumises aux aléas des relations internationales, menacées par les révolutions politiques, par le heurt des nationalismes et des impérialismes, elles peuvent être à tout moment victimes d'un acte dommageable lésant leurs intérêts. Il est alors de première importance pour la société de savoir si elle sera abandonnée à son sort, avec toutes les conséquences préjudiciables à la sécurité des relations économiques internationales que cela comporte, ou si au contraire elle pourra se tourner vers l'Etat dont elle a la nationalité afin de bénéficier de sa protection diplomatique et d'obtenir ainsi réparation.

Cette question n'a pas qu'un intérêt historique. Elle se pose plus que jamais de nos jours et, depuis plus d'un siècle, n'a pas été résolue de façon définitive. Deux tentatives de codification ont eu lieu, la première dans le cadre de la Société des Nations en 1927 (1), l'autre à l'Institut de Droit international en 1931 et 1932 (2). En 1965, les théories s'affrontent encore devant la Cour Internationale de Justice à propos d'une réclamation présentée par la Belgique au nom de la société « Barcelona Traction, Light and Power Company Limited ». Enfin, tandis que ces aspects de la question qui plongent leurs racines dans le passé n'ont pas encore trouvé de réponse définitive, d'autres problèmes, nouveaux, apparaissent.

Une première approche du phénomène permet de diviser la difficulté en deux :

---

(1) V. Rundstein (S.), « Rapport du sous-comité d'experts pour la codification progressive du droit international sur la nationalité des sociétés commerciales et leur protection diplomatique », *Publications de la S.D.N.*, C 207, M 81, 1927, V.

(2) V. Borchard (E.M.), « Rapport à l'Institut de Droit international sur la protection des nationaux à l'étranger », *Annuaire de l'Institut*, t. 36, vol. I (session de Cambridge, 1931), pp. 256 et s., et t. 37 (session d'Oslo, 1932), pp. 235 et s.

1° Une réclamation peut-elle être présentée par un Etat au nom d'une société ?

2° Dans l'affirmative, quel est l'Etat qualifié pour présenter cette réclamation et suivant quelles modalités peut-il le faire ?

Les vrais problèmes sont soulevés par la deuxième question. Cependant, le principe suivant lequel une société, personne morale, peut, au même titre qu'une personne physique, bénéficier de la protection diplomatique, n'a pas été admis sans quelques hésitations. Bien que la pratique, dès le début, se soit orientée vers l'affirmation du droit de la société à la protection diplomatique, des incertitudes ont subsisté pendant un certain temps.

La première affaire que l'on relève en la matière date de 1838. A cette époque, la Grande-Bretagne intervint en faveur de dix-neuf sociétés anglaises qui exerçaient leur activité dans le Golfe de Sicile, procédant à l'extraction et à la vente du soufre. Or, par un décret en date du 9 juillet 1838, le roi des Deux-Siciles établit un monopole d'Etat sur ces activités. Le gouvernement anglais protesta en affirmant qu'une telle forme larvée d'expropriation des biens étrangers sans indemnité constituait une faute internationale. Le roi des Français offrit ses bons offices au gouvernement anglais, et une commission mixte d'arbitrage se constitua en conséquence. Le 24 décembre 1841, elle rendit sa décision, accordant 21 307 livres d'indemnité aux réclamants (3). Dans cette affaire, un Etat n'hésita donc pas à intervenir en faveur de sociétés qu'il considérait comme ses ressortissantes, et ce droit ne lui fut pas contesté.

Quelques années plus tard, les Etats-Unis intervinrent à leur tour en faveur d'une de leurs sociétés, l' « U.S. and Paraguay Navigation Company », société américaine enregistrée dans l'Etat de Rhode Island et exerçant ses activités au Paraguay, dont, à la suite d'une série de mésaventures, les affaires furent abandonnées.

Le différend entre les Etats-Unis et le Paraguay fut soumis, entre autres réclamations, à arbitrage, par un traité en date du 4 février 1859. La commission rejeta la demande de l' « U.S. and Paraguay Navigation Company », mais elle ne contesta pas le droit qu'avait la société de présenter cette réclamation, ni le droit qu'avaient les Etats-Unis de l'endosser (4).

Cependant, parallèlement à cette pratique positive, des opinions contraires furent soutenues, et l'incertitude a plané ainsi pendant

---

(3) Sociétés anglaises du Golfe de Sicile, Grande-Bretagne c. Royaume des Deux-Siciles (La Fontaine, *Pasicrisie internationale*, pp. 97-101).

(4) Aff. de l' « U.S. and Paraguay Navigation Company », Etats-Unis c. Paraguay; La Pradelle et Politis, *R.A.I.*, II, pp. 38 à 54; Moore, *International Arbitrations*, II, chap. XXXII, p. 1485.

un certain temps avant que l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques en ce domaine fût uniformément admise.

Le problème devant être résolu par analogie avec les personnes physiques, sa solution se présentait sous la forme du syllogisme suivant : le lien de nationalité permet d'obtenir la protection diplomatique ; or, les sociétés ont — ou n'ont pas — de nationalité ; donc elles peuvent — ou ne peuvent pas— bénéficier de la protection diplomatique. Toute la question était finalement de savoir si les personnes morales pouvaient être comprises, comme les personnes physiques, parmi les nationaux d'un Etat.

Or, des doutes furent encore exprimés en 1891 en Grande-Bretagne en la matière.

Le Foreign Office posa aux juristes de la Couronne la question de savoir si la clause de la nation la plus favorisée, stipulée à l'article 9 d'un traité conclu en 1825 entre la Grande-Bretagne et la République Argentine, alors Provinces-Unies du Rio de la Plata, et se rapportant aux « sujets » britanniques, pouvait s'appliquer à une société d'assurances constituée d'après la loi anglaise (5). Les juristes de la Couronne, Richard E. Webster et Edward Clarke, le 16 mars 1891, émirent une opinion qui n'était pas positive.

> « We are not prepared to say that every Company constituted under English law is a British subject in a sense which would entitle it to privileges of trade under the Treaty. » (6).

Une opinion négative fut également soutenue à plusieurs reprises par les pays d'Amérique latine. Ce fut le cas en particulier de l'Argentine, à propos de l'affaire de la Banque de Londres qui l'opposa à la Grande-Bretagne. La Banque de Londres était une société ayant son siège et son centre d'affaires à Londres, et constituée à Londres suivant la loi anglaise. Mais elle avait créé des succursales en Argentine après autorisation du gouvernement local. En 1876, la filiale de Santa Fe de la Banque de Londres ayant transgressé les dispositions du gouvernement local relatives au commerce des valeurs, fut mise en liquidation. Quelques capitaux déposés auprès de la filiale furent saisis et le directeur fut arrêté. La Grande-Bretagne intervint avec un navire de guerre, mais renonça ensuite à l'intervention et la controverse fut résolue directement entre la Grande-Bretagne et le gouvernement de Santa Fe. Mais, dans une note relative à l'incident, la République argentine soutint que l'Angleterre ne pouvait exercer la protection diplomatique en faveur des sociétés, et cela pour la simple raison que les personnes morales n'ont pas de nationalité et que, en général,

---

(5) MacNair (Sir A.D.), *International Law Opinions*, Cambridge, 1956, vol. II. Voir le texte de la demande du Foreign Office, signée James Fergusson, pp. 34-37.

(6) MacNair, *op. cit.*, p. 38.

aucun Etat ne peut exercer en leur faveur la protection diplomatique (7). La note du gouvernement argentin était ainsi rédigée :

> « La Banque de Londres est une société anonyme ; elle est une personne morale qui existe seulement pour un but déterminé. Les personnes morales doivent exclusivement leur existence au pays qui les autorise et, donc, ne sont ni nationales, ni étrangères. La société anonyme est une personne morale distincte des individus qui la composent ; bien qu'elle soit composée uniquement de citoyens étrangers, elle n'a pas droit à la protection diplomatique. » (8).

Enfin, la question s'est posée en relation avec les traités instituant des commissions arbitrales pour l'examen des réclamations en cas de dommages subis par des étrangers. Une personne morale pouvait-elle, comme une personne physique, réclamer devant une commission arbitrale mixte ouverte aux ressortissants de l'Etat auquel elle appartient ? Beaucoup, parmi les traités instituant les commissions arbitrales mixtes, ne prévoyaient pas le cas. Tels sont :

— le traité du 11 avril 1839, article 1, signé entre les Etats-Unis et le Mexique et instituant la commission mixte de Washington du 25 février 1842 ;

— la convention du 2 juillet 1860, article 1, entre les Etats-Unis et le Costa-Rica, instituant la commission mixte de Washington du 31 décembre 1862 ;

— la convention du 12 janvier 1863, article 1, entre les Etats-Unis et le Pérou, instituant la commission mixte de Lima du 27 novembre 1863.

Ces incertitudes et ces hésitations furent pourtant rapidement balayées. Il est à noter tout d'abord qu'une position telle que celle de l'Argentine correspondait à des besoins particuliers. Ce pays, et en général les autres pays d'Amérique latine qui soutenaient la même opinion, se fondaient sur des arguments juridiques pour défendre des intérêts purement matériels. En niant le concept de nationalité des sociétés, il s'agissait pour eux d'interdire aux grandes puissances, en particulier à la Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, de présenter des réclamations au nom de leurs sociétés. C'était un pur moyen de défense économique. Une déclaration de M. Seijas, ancien ministre, directeur du droit public étranger au minis-

---

(7) V. Zeballos, « De la condition dans la République argentine des sociétés organisées en pays étranger », *Journal du droit international*, 1906, pp. 607 et 608. V. aussi Sereni, « La cittadinanza degli enti morali nel diritto internazionale », in *Rivista di diritto internazionale*, Rome, 1934, p. 340, n° 18, note 3. V. aussi Travers, « La nationalité des sociétés commerciales », *Rec. Cours*, 1930, III, pp. 7 et 40.

(8) Rapporté par Zeballos, *loc. cit.*, pp. 607-608.

tère des Affaires étrangères du Venezuela, faite à Hambourg le 10 septembre 1891 à l'Institut de droit international, est à cet égard significative :

« Messieurs, disait-il, en allant au fond de cette situation, on arrive à découvrir l'abîme d'iniquité de ce qu'on appelle les réclamations. Voilà la plaie de l'Amérique latine ; voilà le fer avec lequel on l'a marquée comme une esclave de la force ; voilà la cause des maux qui l'anéantissent, des injustices dont elle a été victime, des affronts qu'elle a dû subir. Il n'y a pas de gouvernement d'Amérique latine qui n'ait eu à payer une quantité de millions, qui n'en doive encore et qui ne soit pas menacé d'en payer davantage... » (9).

La teneur de cette déclaration se passe de commentaires et permet de saisir le caractère fallacieux des arguments juridiques opposés par l'Amérique latine.

Quant à l'opinion de Webster et Clarke, elle resta isolée et, très vite, l'unanimité s'est faite sur l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques (10). Cette assimilation a été affirmée à la fois par la jurisprudence interne, par le droit conventionnel et par la jurisprudence internationale.

Bien avant la fin du XIX[e] siècle, la jurisprudence interne avait résolu par l'affirmative le point de savoir si les sociétés d'assurances françaises opérant en Allemagne étaient en droit d'invoquer à leur profit la clause de la nation la plus favorisée contenue dans l'article 11 du traité de Francfort du 10 mai 1871. Cet article était ainsi conçu :

« Le Gouvernement français et le Gouvernement allemand prendront pour base de leurs relations commerciales le régime du traitement réciproque sur le pied de la nation la plus favorisée ; sont compris dans cette règle les droits d'entrée et de sortie, le transit, les formalités douanières, l'admission et le traitement des sujets des deux nations, ainsi que de leurs agents. »

La difficulté venait du fait que cet article, au lieu de mentionner les sociétés, ne contenait que l'expression de « sujets », en alle-

---

(9) *Annuaire de l'Institut de droit international*, t. XI, 1889-1892, p. 417. Sur cette question, voir également TRAVERS, la nationalité des sociétés commerciales, *Rec. Cours*, 1930, III, p. 45.

(10) La question de savoir s'il existe vraiment une nationalité des sociétés fut reprise plus tard et des opinions opposées furent soutenues par d'éminents auteurs. Nous aurons l'occasion d'y revenir. Mais la question ne se posait plus alors de la même manière. Depuis longtemps, la possibilité pour les sociétés d'avoir une nationalité avait été retenue comme une conception « commode », sinon parfaitement exacte. Il ne s'agissait plus de nier cette nationalité pour en tirer des conclusions négatives quant à la protection diplomatique. Le problème était placé alors sur un plan plus théorique, voire philosophique.

mand « angehörige ». Cette expression de « sujets » pouvait-elle s'appliquer aux sociétés ? La question était exactement la même que celle posée aux juristes de la couronne anglaise. Mais cette fois la réponse fut positive. La Cour de Leipzig déclara, le 14 avril 1882 :

« Pour restreindre les termes de *sujets* aux personnes physiques, on ne peut invoquer ni l'article 15 du traité de paix de Francfort, ni l'alinéa 4 de l'article 19 du traité avec l'Autriche-Hongrie du 16 décembre 1878, ni l'article 3 de la Constitution de l'Empire, et cela pour les raisons suivantes : l'article 15, parce qu'on ne voit pas pourquoi les mesures nécessaires pour reconquérir les droits perdus par suite de la guerre ne profiteraient pas également aux personnes morales ; l'alinéa 4 de l'article 19, parce que les opérations qui y sont mentionnées sont principalement faites par des sociétés ; ni l'article 3, parce qu'il contient le principe qu'aucun Etat allemand ne peut traiter un Allemand plus défavorablement que ses propres sujets, et que ce principe doit également s'appliquer aux personnes morales... » (11).

La Cour de Cassation française prit une décision allant exactement dans le même sens, treize ans après, le 14 mai 1895 :

« Attendu que le droit accordé par cette disposition aux sujets allemands d'être admis et traités en France comme les Français en Allemagne, et d'y jouir de tous les avantages assurés à la nation la plus favorisée, ne comporte aucune distinction, ni à raison des personnes, qui peuvent être des personnes morales, aussi bien que des personnes physiques, ni à raison des choses qui font l'objet du traité... » (12).

La Cour de Cassation conserva ce même point de vue, qu'elle ne fit que reprendre implicitement le 22 novembre 1913. (13).

Enfin, l'habitude s'est instaurée d'accorder, dans les traités d'arbitrage, le droit de présenter des réclamations « aux compagnies, sociétés ou individus ressortissants de l'Etat ». On peut citer, parmi les plus anciens :

— le traité du 8 février 1853, article 1, signé entre les Etats-Unis et la Grande-Bretagne, et instituant la commission mixte de Londres du 15 janvier 1855 ;

— la convention du 1er septembre 1857, article 1, entre les Etats-Unis et la Colombie et instituant la commission mixte de Washington du 18 mai 1866 ;

---

(11) Cour suprême de Leipzig, 14 avril 1882, *Journal du droit international*, 1882, p. 148.

(12) Cass. fr., 14 mai 1895, Banque d'Alsace-Lorraine c. Chabert et autres, D. 1896.1.249.

(13) Cass. fr., 22 novembre 1913, Braunkölen Verkaufverein Gesellschaft c. Goffart, D. 1915.I.1, note Basdevant et *R.D.I.P.*, 1914, p. 117.

— la convention du 25 novembre 1863, article 1, entre les Etats-Unis et l'Equateur, instituant la commission mixte de Guayaquil du 17 août 1865.

Mais surtout, il est à retenir que la possibilité pour les sociétés d'obtenir la protection diplomatique de l'Etat dont elles sont ressortissantes a été formellement consacrée par la jurisprudence internationale.

Ce point fut expressément résolu par l'affirmative par la commission anglo-chilienne de 1894. Cette commission avait été instituée par un traité signé entre ces deux pays le 26 septembre 1893, relatif aux indemnités réclamées par des citoyens à raison des dommages causés par la guerre civile. La commission siégea du 24 octobre 1894 au 4 mars 1896 et cet arbitrage donna lieu à de nombreuses décisions. Dans l'affaire Robert Stirling, la commission décida que toutes les réclamations (« all claims ») incluaient les réclamations de sociétés aussi bien que celles de personnes privées (14).

Ce point fut réaffirmé à plusieurs reprises :

— par la commission de réclamations germano-mexicaine, le 25 janvier 1930, dans l'affaire de la société « Mexico Plantagen » (15) ;

— par la commission de réclamations anglo-mexicaine, le 13 mai 1931, dans l'affaire de la « Madera Company limited » (16) ;

— par la même commission, le 18 juin 1931, dans l'affaire de la société « Interoceanic railway of Mexico » (17).

Qu'une réclamation puisse être présentée par un Etat au nom d'une société ne fait donc plus aucun doute, et la réponse à la première question que nous avons posée soulevait si peu de problèmes que nous avons pu la résoudre en introduction. Il reste à répondre à la seconde question : quel est l'Etat qualifié pour présenter cette réclamation, et suivant quelles modalités peut-il le faire ? C'est à cette réponse, très complexe, que nous consacrerons notre étude.

Le problème serait simple à résoudre s'il se posait réellement, comme on l'avait cru tout d'abord, suivant le syllogisme auquel nous avons déjà fait allusion et qui propose le schéma idéal suivant : le lien de nationalité permet d'obtenir la protection diplomatique;

---

(14) Aff. Robert Stirling, *Reclamaciones presentadas al tribunal inglese-chileno*, I, 166. V. aussi RALSTON, *Law and Procedure of international tribunals*, pp. 149 et 153. Pour le texte du traité seulement, v. LA FONTAINE, *op. cit.*, p. 453.

(15) *Annual Digest of international law cases*, 1931-1932, cas n° 135, pp. 265 et 266.

(16) *Ibid.*, cas n° 134, p. 265.

(17) O.N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V, p. 184.

or les sociétés ont une nationalité; donc elles peuvent bénéficier de la protection diplomatique. Il ne s'agirait plus alors, une fois admise la nationalité des sociétés, qu'à appliquer les règles que le droit international public a dégagé en matière de protection diplomatique pour les personnes physiques. Mais la question n'est pas si simple. Pour les personnes physiques elles-mêmes, le lien de nationalité, s'il est nécessaire, n'a jamais constitué un titre suffisant en cette matière : l'appréciation de l'Etat reste discrétionnaire. Le problème se posera donc en termes d'autant plus aigus pour les personnes morales et les sociétés en particulier, où les considérations politiques se doublent de considérations économiques. D'autre part, les critères de détermination de la nationalité des sociétés varient suivant les pays et les époques. Enfin, la société n'est pas une. Il y a, d'une part, l'entité abstraite que constitue la personne morale, et, de l'autre, les personnes physiques qui la composent, sociétaires ou actionnaires, ce qui met le comble à l'incertitude. Que se passera-t-il si l'on se trouve devant une société dont le siège social est en France, le centre d'exploitation en Espagne, dont les actionnaires sont anglais, belges et américains ? Ce n'est pas là une hypothèse d'école. Le cas est, au contraire, de plus en plus fréquent de nos jours. Quel sera alors l'Etat qualifié pour exercer la protection diplomatique en faveur d'une telle société ? Sera-ce celui dans lequel la société a son siège social ? ou celui dont les actionnaires sont nationaux ? et que se passera-t-il si le capital, ce qui est également fréquent, est réparti en pourcentages égaux entre plusieurs Etats ?

Mais une autre hypothèse peut encore se présenter, celle dans laquelle la société est victime d'un dommage provoqué par l'Etat même dont elle est nationale. Cela est parfaitement concevable si elle est installée dans un pays sous-développé dont elle a pris la nationalité parce qu'elle y a été contrainte pour obtenir le bénéfice d'une concession, ou simplement parce qu'elle y a son centre d'exploitation, ou son siège social, alors que ses actionnaires sont étrangers. A la suite d'une révolution politique, ou d'un mouvement de mauvaise humeur, le pays peut mettre la société en faillite par des manœuvres dolosives, réagissant ainsi contre l'invasion économique par les pays industrialisés et affirmant son indépendance. Le cas s'est souvent produit à partir de 1870, en relation avec l'éveil des nationalités.

Dans une telle hypothèse, l'Etat qui devrait protéger la société est précisément celui qui est responsable du dommage. D'autre part, les Etats dont les actionnaires sont ressortissants ne peuvent même pas intervenir, à titre subsidiaire, au nom de la société comme telle, car c'est un principe bien établi en droit international qu'un Etat n'exerce pas sa protection au profit d'un de ses nationaux contre un Etat qui considère celui-ci précisément comme son

propre national. *A fortiori* si la société, par suite du dommage, a été dissoute ou mise en faillite. Mais aboutira-t-on alors à un déni de justice ? Que deviendront les actionnaires ? Ils n'ont prêté à la personne morale une part de leur personnalité que pour réunir des capitaux, en obtenir un rendement accru et réaliser des bénéfices. Si la personne morale disparaît par le fait même de l'Etat dont la loi régit le statut, les droits individuels n'en subsistent pas moins. Mais dira-t-on que, aucune protection n'étant possible au profit de la société, les actionnaires seront abandonnés à leur sort ? Pourra-t-on, au contraire, concevoir à leur profit une protection spéciale ?

On voit que, outre le problème général que pose la protection des sociétés en tant que telles, se présente le cas particulier de la protection des actionnaires. Mais ce cas particulier soulève à son tour de si nombreuses questions qu'il justifiera des développements assez amples auxquels seront consacrés une partie spéciale.

Une fois ces problèmes analysés, nous n'en aurons pas encore terminé avec l'étude de notre matière. Il sera indispensable d'examiner, pour finir, les aspects nouveaux qu'elle présente de nos jours et qui sont :

1° le rapport de plus en plus étroit entre les modalités de la protection diplomatique des sociétés et les législations sur les investissements à l'étranger ;

2° un rejet très net de la barrière formée par la personnalité morale de la société dans les conventions bilatérales et multilatérales signées depuis la fin de la guerre ;

3° l'apparition de sociétés internationales créées par un traité.

Le phénomène d'internationalisation des sociétés se manifeste non plus seulement en fait, par le caractère international des capitaux engagés, mais aussi en droit, lorsque plusieurs Etats créent une entreprise par l'effet d'un traité destiné à réaliser une œuvre d'intérêt commun. Tels sont, par exemple, les établissements publics internationaux (aéroport de Bâle-Mulhouse, société financière internationale...), ou les entreprises communes créées au sein des traités instituant les communautés européennes. Dans quelle mesure ces sociétés réunissent-elles les conditions requises pour la protection diplomatique ? Il y a là tout un aspect nouveau du sujet.

Il faut aussi noter le lien de plus en plus étroit qui lie le problème de la protection diplomatique des sociétés à la législation sur les investissements à l'étranger. Cette législation a pour résultat, en général, de faire prendre à des capitaux de diverses provenances la forme juridique d'une loi locale, ce qui peut justifier plus encore que par le passé le principe de la protection distincte des actionnaires. En outre, et c'est la conséquence logique de l'observation que nous venons de faire, une pratique conventionnelle assez touf-

fue se crée à propos de la sauvegarde de ces investissements. Quelle que soit l'importance, ou l'absence d'importance que l'on attache à la pratique conventionnelle en cette matière, il y a là un phénomène du monde contemporain que l'on ne saurait passer sous silence. De toute manière, le rejet de plus en plus total de la barrière formée par la personnalité morale de la société qui est caractéristique de cette pratique constitue un phénomène juridique non négligeable.

Ces questions, qui pourront donner à l'étude sa dimension d'actualité et sa portée pratique, justifieront elles aussi d'assez amples développements. Nous leur consacrerons toute une partie, qui sera la dernière.

Auparavant, nous aurons examiné en deux parties successives la protection diplomatique des sociétés comme telles, puis la protection des actionnaires.

A cette dernière question, un certain nombre d'études ont déjà été consacrées (18). Elles fournissent le meilleur des modèles, et nous nous y référerons souvent. Ce sera la partie la moins originale de l'étude, mais elle ne pouvait être éludée sous peine de ne donner qu'une vue partielle des problèmes et de rendre nombre d'aspects de la troisième partie incompréhensibles.

Sur la protection des sociétés en revanche, aucune étude d'une ampleur suffisante et comportant un recensement complet de la jurisprudence n'est parue. Seul le cours de M. Paul de Visscher professé à l'Académie de Droit international de La Haye en 1961, et consacré à la protection des personnes morales en général (19), traite de la question en la reprenant à la base, mais, étant donné ses dimensions, il fournit surtout un cadre d'étude. Quant à l'ouvrage italien paru en 1957, et d'ailleurs non traduit, c'est surtout, malgré son titre, un ouvrage de philosophie juridique sur la protection diplomatique en général (20).

---

(18) Visscher (Ch. de), « De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée », *R.D.I.L.C.*, 1934, p. 624 ; Mervyn Jones, « Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies », *B.Y.I.L.*, 1949, p. 225 ; Kiss (Ch.-A.), « La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale » dans : *La personnalité morale et ses limites* (Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, t. XVIII, Paris, L.G.D.J., 1960), p. 179 ; Rousseau (Ch.), *Droit international public*, 1962-1963 (Paris, les Cours de Droit, 1963, pp. 112 et s.).

(19) P. de Visscher, « La protection diplomatique des personnes morales », *Rec. des Cours*, 1961, t. I, pp. 399 à 506.

(20) Battaglini (G.), *la protezione diplomatica delle società* (Padova, Cedam, 1957).

PLAN DE L'ETUDE

PREMIERE PARTIE : La protection diplomatique des sociétés en tant que telles.

DEUXIEME PARTIE : La protection diplomatique des actionnaires.

TROISIEME PARTIE : Transformations et aspects nouveaux du problème à l'époque contemporaine.

PREMIERE PARTIE

La protection diplomatique des sociétés en tant que telles

A la fin de l'Introduction, nous nous sommes posé la question de savoir, le principe étant admis que la protection diplomatique peut être exercée en faveur d'une société, quel sera l'Etat qualifié pour le faire, et suivant quelles modalités il pourra le faire.

Nous consacrons la première partie à la réponse à cette question. Ce faisant, nous laissons provisoirement dans l'ombre le cas spécial où la société est victime d'un dommage dans l'Etat même dont elle possède la nationalité, cas où se justifie alors une protection distincte des actionnaires, pour ne nous occuper que de la protection en faveur de la société elle-même, personne morale.

Le droit international public a dégagé un certain nombre de conditions précises et relativement simples à formuler, sinon à réunir, en ce qui concerne la protection diplomatique des personnes physiques.

Ces conditions de base restent les mêmes pour les sociétés et, pour bien saisir la position de notre problème, il sera nécessaire de le replacer dans cette optique plus générale. Ainsi verrons-nous mieux comment, dans ce cadre, vient se greffer le cas des sociétés.

A la fin de cette analyse, qui fera l'objet d'un chapitre préliminaire, nous aurons résolu les premières difficultés et nous serons parvenus au cœur du problème. Le cœur du problème réside dans le fait que la société est une personne morale et que, en conséquence, le lien de nationalité qui l'unit à un Etat présente un caractère spécial, source de la plupart des incertitudes, difficultés et controverses que soulève sa protection diplomatique.

Nous commencerons donc, dans un Titre I, par faire une incursion dans le domaine du droit international privé pour étudier comment se détermine la nationalité des sociétés. Ce sera l'aspect théorique. Puis, examinant les cas concrets, nous verrons comment, en matière de protection diplomatique, la pratique des Etats et la jurisprudence internationale utilisent, ou n'utilisent pas, les critères que propose le droit international privé pour la détermination de la nationalité des sociétés. Ce sera l'objet d'un Titre II. Les divergences que nous aurons pu constater nous amènerons à nous

demander si, pour expliquer ce phénomène, une théorie valable peut être proposée. Le plan de la première partie se présentera donc comme suit :

CHAPITRE PRELIMINAIRE : Les conditions d'exercice de la protection diplomatique et la position de la personne morale que constitue la société.

TITRE I : CRITERES DE DETERMINATION DE LA NATIONALITE DES SOCIETES.

TITRE II : LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES SOCIETES DANS LA JURISPRUDENCE ET LA PRATIQUE INTERNATIONALES.

TITRE III : ESSAI DE CONSTRUCTION (PROBLEME DU LIEN D'ALLEGEANCE REQUIS POUR LA PROTECTION DIPLOMATIQUE D'UNE SOCIETE.)

Chapitre préliminaire

Les conditions d'exercice de la protection diplomatique et la position de la personne morale que constitue la société

Les sociétés, comme les personnes physiques, sont soumises aux principes essentiels qui commandent la recevabilité des réclamations internationales pour actes illicites. Nous les approfondirons dans une première section. Nous ne prétendons pas en faire une analyse détaillée : notre propos est seulement de les rappeler, en insistant surtout sur les aspects que nous retrouverons plus particulièrement en abordant le cas des sociétés. Ainsi les données du problème seront-elles posées et permettront-elles de mieux voir comment, par rapport à elles, se pose la question qui nous occupe.

Section I

Les conditions d'exercice de la protection diplomatique

Ces conditions sont au nombre de trois. La première a trait à la nationalité du réclamant. La seconde concerne l'épuisement préalable des recours internes. La troisième exige, de la part du réclamant, une conduite correcte : c'est la théorie des « mains propres » (« clean hands ») (21).

§ 1 : *La nationalité du réclamant*

Dans quelques hypothèses exceptionnelles, la protection diplomatique peut être exercée au profit de personnes autres que les nationaux : cas de protection des ressortissants de l'Etat sous protectorat par l'Etat protecteur, hypothèse qui intéresse encore la Grande-Bretagne ; protection des ressortissants des territoires sous tutelle par la puissance administrante ; protection des missions catholiques françaises et étrangères par la France dans le Levant, depuis les Capitulations de 1604 ; protection fonctionnelle des Organisations internationales pour leurs fonctionnaires (22).

---

(21) Pour une étude générale du problème, voir Witemberg (J.), « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *Rec. Cours*, 1932, III, pp. 5 à 136, et Rousseau (Ch.), *Droit international public*, 1962-1963, « La protection diplomatique », (Paris, les Cours de Droit, 1963.)

(22) Avis consultatif de la C.I.J., 11 avril 1949, sur la réparation des dommages subis au service des Nations-Unies.

Mais le droit commun est que seul le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu donne droit à la protection diplomatique. C'est cette idée qu'a exprimée la Cour permanente de Justice internationale dans son arrêt du 28 février 1939 rendu entre l'Estonie et la Lituanie relativement à l'affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, auquel on se réfère toujours en la matière :

« En prenant fait et cause pour l'un de ses ressortissants, en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, l'Etat fait valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international. Ce droit ne peut être nécessairement exercé qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique » (23).

A. L'ATTRIBUTION DE LA NATIONALITÉ ET L'APPRÉCIATION DE SA VALEUR.

1° *Attribution de la nationalité.*

Le principe est celui de la compétence discrétionnaire de l'Etat, qui détermine lui-même les conditions d'acquisition et de perte de la nationalité des individus soumis à son autorité. Cette compétence est non seulement discrétionnaire, mais exclusive. Tel a été l'avis de la Cour permanente de Justice internationale dans l'avis consultatif n° 4 du 7 février 1923, relatif à l'affaire franco-britannique des décrets de nationalité :

« Dans l'état actuel du droit international, les questions de nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans le domaine réservé » (24).

La jurisprudence interne est dans le même sens (25), et ce principe peut être accepté sous réserve des obligations internationales assumées par l'Etat (26).

---

(23) *Publications de la Cour*, série A/B, n° 76, p. 16.

(24) *Ibid.*, série B, n° 4, p. 24.

(25) Cass. civ., 21 mai 1949, Veuve Israël et autres c. Israël, *Sirey* 1950. J. I., note Boulbès ; Cour suprême administrative de Pologne, 22 janvier 1932, Ettinger c. Ministre de l'Intérieur, *Annual Digest...*, 1931-1932, cas n° 15, p. 39.

(26) Règle énoncée par l'art. 1er de la Convention de la Haye du 12 avril 1930 : « Il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres Etats pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité. » On peut seulement regretter que ces « principes de droit généralement reconnus » n'aient jamais été déterminés.

Toutefois, en matière de réclamations internationales, le juge ou l'arbitre a le droit de vérifier si le réclamant possède effectivement la nationalité qu'il revendique.

2° *Appréciation de la nationalité par le juge ou l'arbitre international :*

a) Le juge peut contrôler matériellement la nationalité des réclamations qui lui sont soumises. C'est le problème de la preuve de la nationalité.

Des trois systèmes possibles — détermination de la preuve de la nationalité conformément à la loi de l'Etat demandeur, soumission de la preuve à la loi de l'Etat défendeur, ou enfin détermination de cette preuve sur la base du droit international, — seul le dernier est admissible ; c'est lui qui est retenu par le droit positif : le juge ou l'arbitre a toute liberté pour contrôler la nationalité et en établir la preuve (27). Il n'est lié par aucune des déclarations ou affirmations émanant des parties en présence. La jurisprudence internationale a abondamment confirmé ces principes. On citera, entre autres, le passage suivant de la sentence de la Commission des réclamations franco-mexicaine dans l'affaire Georges Pinson :

> « S'il est vrai que, en règle générale, tout Etat est souverain pour déterminer quelles personnes il considérera comme ses ressortissants, il n'en est pas moins vrai... que cette souveraineté peut être limitée par des règles du droit des gens, règles qui peuvent s'enraciner non seulement dans des traités formels, mais encore dans une « communis opinio juris » sanctionnée par le droit coutumier.
>
> » A un examen de pareil ordre ne saurait éventuellement faire obstacle ni l'assertion qu'un tribunal international n'est pas

---

(27) Cette position se justifie par référence aux principes qui régissent la compétence des juridictions internationales (tout organe judiciaire du droit international est juge de sa compétence, cf. Aff. de l' « Alabama »), ainsi qu'à ceux qui gouvernent la matière de la responsabilité internationale (compétence du juge sur les questions préjudicielles ou incidentes). Elle n'est pas en contradiction avec le fait que la détermination de la nationalité est de la compétence exclusive de l'Etat. Le passage suivant de la sentence rendue le 8 juin 1932 par le tribunal arbitral spécial institué entre l'Egypte et les Etats-Unis dans l'affaire Salem est à cet égard significatif : « Le tribunal arbitral est en droit d'examiner si Salem est réellement citoyen américain. Un tel examen n'est pas empêché par le principe de droit international que chaque Etat est, d'une manière générale, souverain quant au point de décider quelles personnes il regarde comme ses propres sujets, parce que le fait d'accorder la nationalité est une manifestation de l'indépendance internationale. En fait, dès qu'une question de nationalité est en litige entre deux puissances souveraines, elle ne peut être exclusivement résolue par référence au droit interne d'une seule de ces puissances. » (O.N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1184).

compétent pour apprécier le droit national d'un pays à la lumière du droit international, ni la prétention qu'en cas de conflit entre la Constitution d'un pays et le droit des gens, écrit ou coutumier, la première devrait prévaloir » (28).

On peut citer également ce passage de la sentence de la Commission anglo-américaine dans l'affaire Robert John Lynch :

« Il est tout à fait clair qu'une décision quelconque de la législation britannique en matière de nationalité n'est pas suffisante et ne lie certainement pas cette commission. Il est également clair que la même observation s'applique à toute décision de la législation mexicaine. Dans ces conditions, la Commission est d'avis qu'elle doit s'estimer libre dans chaque cas de former d'une manière indépendante sa propre opinion sur la base des preuves qui lui sont soumises. En d'autres termes, les Commissaires doivent attacher aux documents un poids tel que ceux-ci leur paraissent justes et décisifs dans chaque espèce particulière » (29).

b) Mais le juge peut aller plus loin que le simple contrôle matériel de la nationalité au moyen de documents. A supposer que la nationalité soit ainsi prouvée par des documents régulièrement établis, le juge peut encore se demander si elle correspond à un lien de rattachement *effectif* entre le réclamant et l'Etat. Autrement dit, la nationalité doit présenter un caractère objectif qui la rende opposable de plein droit aux Etats tiers, elle doit être un véritable lien sociologique effectif. C'est le principe qui a été affirmé en 1955 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire Nottebohm (30). Nous allons approfondir plus particulièrement cette question car, dans la suite de notre analyse, nous aurons l'occasion de revenir plus d'une fois à cette notion d'effectivité.

Frédéric Nottebohm était un sujet d'origine allemande, né de parents allemands à Hambourg, le 16 septembre 1881. Il quitta l'Allemagne en 1905 pour établir au Guatemala à la fois son domicile et le siège de ses affaires. De 1905 à 1939, il ne quitta pratiquement jamais ce pays sinon pour de courts séjours au Liechtenstein, où s'était fixé un de ses frères.

Or, en 1939, Nottebohm gagne le Liechtenstein pour s'y faire naturaliser. La requête en naturalisation est présentée en son nom par un fondé de pouvoir. La nationalité du Liechtenstein lui est accordée la même année après dispense de la condition de domicile

(28) Aff. Georges Pinson, 19 octobre 1928 (O.N.U., *Rec. cit.*, V, p. 393).

(29) Aff. Robert J. Lynch, Commission anglo-mexicaine, décision n° 1 du 8 novembre 1929, *ibid.*, V, 18.

(30) Arrêts des 18 novembre 1953 et 6 avril 1955, respectivement C.I.J., *Rec.*, 1953, p. 111, et 1955, p. 4.

et obtention du privilège de la bourgeoisie de la cité de Mauren. Puis il regagne le Guatemala, toujours la même année, pour reprendre la direction de ses affaires. L'indication de sa nouvelle nationalité est portée par les soins des autorités du Guatemala sur le registre des étrangers et sur le registre civil.

Pendant la guerre, la situation de Nottebohm devient critique : successivement porté par les Etats-Unis, en juillet 1941, sur la liste noire dressée en exécution de la politique d'interruption des relations commerciales avec l'Allemagne, appréhendé par la police du Guatemala et livré à l'autorité militaire américaine deux ans après la déclaration de guerre entre le Guatemala et l'Allemagne, il est interné aux Etats-Unis jusqu'au 22 janvier 1946, tandis que ses biens sont confisqués, saisis et expropriés. Après sa libération, l'entrée au Guatemala lui est refusée, il ne peut défendre ses biens. Il s'installe alors au Liechtenstein, qui lui accorde sa protection diplomatique pour qu'il puisse obtenir réparation. La requête introductive d'instance est adressée à la Cour internationale de Justice le 10 décembre 1951.

Sans insister sur les vicissitudes de la procédure (31), nous dirons simplement que, dans l'arrêt du 6 avril 1955, la Cour fait droit aux objections du Guatemala en observant que :

1) Il n'existe aucun lien de rattachement effectif entre Nottebohm et le Liechtenstein, puisque Nottebohm n'y a jamais effectué un séjour prolongé et n'a jamais manifesté l'intention de s'y fixer ou d'y transférer ses intérêts ;

2) Que, en revanche, il existe un lien ancien et étroit entre l'intéressé et le Guatemala.

D'où la conclusion de la Cour :

« En conséquence, le Liechtenstein n'est pas fondé à étendre sa protection à Nottebohm à l'égard du Guatemala et il doit être, pour ce motif, déclaré irrecevable en sa demande » (32).

Il n'est pas dans notre propos de porter une appréciation quelconque sur cet arrêt. Nous voulons seulement en souligner la portée.

Par cet arrêt, la Cour, en effet, n'a pas contesté la *régularité* de la nationalité attribuée par le Liechtenstein à Nottebohm. Elle a simplement jugé que cette nationalité n'était pas « internationalement opposable », pour reprendre les termes du Professeur Paul

(31) Pour une analyse complète de l'affaire, v. Mme Bastid, « l'affaire Nottebohm devant la C.I.J. », *Rev. critique de D. I.*, 1956, pp. 607-633 ; et Visscher (P. de), « l'affaire Nottebohm », *R.G.D.I.P.*, 1956, pp. 238 à 266.

(32) *Recueil* C.I.J. 1955, p 26.

de Visscher, au Guatemala, car elle ne correspondait pas à un « rattachement effectif ».

Le principe que chaque Etat est souverain en matière d'octroi ou de perte de sa nationalité n'est donc pas atteint. Il est même solennellement réaffirmé puisque, en rappelant cette règle, la Cour n'a même pas repris les formules nuancées de la C.P.J.I. telles que « en principe » ou « d'une manière générale ». En revanche, on peut déduire de l'arrêt que la compétence étatique doit être limitée *dans ses effets*, lorsque l'Etat prétend l'utiliser pour imposer à un autre Etat la reconnaissance d'une nationalité non effective (33).

Ce principe d'effectivité avait d'ailleurs été déjà appliqué par la jurisprudence internationale chaque fois qu'il y avait lieu de choisir entre deux nationalités possibles, toutes deux régulières au point de vue du droit interne. Une des plus significatives des affaires ayant posé ce problème est l'affaire Canevaro, en 1912 (34). Le nœud du débat se ramenait à la détermination de la véritable nationalité de Raffaele Canevaro, né de père italien au Pérou et que, en conséquence, chacun des deux Etats revendiquait comme son ressortissant. La sentence rendue par la Cour permanente d'Arbitrage entre l'Italie et le Pérou, le 3 mai 1912, s'exprime ainsi :

> « Considérant qu'en fait Raffaele Canevaro s'est à plusieurs reprises comporté comme un citoyen péruvien ; que, dans ces circonstances, quelle que puisse être en Italie, au point de vue de la nationalité, la condition de R. Canevaro, le gouvernement du Pérou a le droit de le considérer comme citoyen péruvien et de lui dénier la qualité de réclamant italien » (35).

Mais l'arrêt Nottebohm présente un intérêt nouveau en ce sens que, en dissociant l'aspect interne de la nationalité de ses effets

---

(33) Cf. Mme Bastid, *loc. cit.*, pp. 623-624 : « La Cour reprend l'idée déjà indiquée au début de l'arrêt qu'elle n'a pas à apprécier l'application du droit interne du Liechtenstein. Elle reconnaît la compétence de celui-ci pour légiférer sur la nationalité, pour appliquer sa législation et constate que cette compétence comporte des conséquences étendues puisque, pour la plupart des personnes, la nationalité a « ses seuls effets » dans l'ordre juridique de l'Etat qui l'a conférée.

« Ainsi, la Cour marque-t-elle qu'en tout état de cause la compétence de l'Etat conserve une portée considérable : sa décision n'affectera pas les rapports entre le Liechtenstein et Nottebohm.

« Mais elle écarte formellement l'idée que par sa législation sur la nationalité et son application, un Etat puisse déterminer nécessairement dans un cas donné son droit de protection diplomatique. Autrement dit, la Cour n'admet pas que cette prérogative de droit international dépende d'un pouvoir discrétionnaire des Etats, qu'il y ait un renvoi pur et simple au droit interne ».

(34) Affaire Canevaro, Cour permanente d'arbitrage, Italie c. Pérou, sentence du 3 mai 1912. Voir le détail de l'affaire dans : de Boeck, « l'affaire Canevaro », *R.G.D.I.P.*, 1913, pp. 317-372.

(35) *R.G.D.I.P.*, 1913, p. 329.

internationaux, il s'attaque à la prétention qu'avaient jusqu'ici les Etats de légiférer unilatéralement en matière de nationalité, sans tenir compte des exigences du droit international. Et, en allant plus loin encore, il est permis de penser que ce nouveau principe peut s'appliquer aussi bien à la protection des personnes morales qu'à celle des personnes physiques .C'est cette notion que nous aurons l'occasion de retrouver, en rapprochant cet arrêt d'autres arrêts rendus en matière de protection des sociétés.

B. MOMENT AUQUEL DOIT ÊTRE APPRÉCIÉE LA NATIONALITÉ.

1° *A partir de quelle date la nationalité du réclamant doit-elle exister ?*

La réponse à cette question est simple. C'est un principe fondamental et universellement admis, à la fois par la doctrine et par la jurisprudence, que la demande doit être nationale à l'origine. C'est ce qu'exprime l'adage anglais : « A claim must be national in origin ». Le réclamant doit donc posséder la nationalité de l'Etat demandeur à la date du dommage. Les décisions de jurisprudence sont nombreuses (36), on citera seulement ce passage de la sentence rendue par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis :

> « Lorsqu'un dommage a été causé au national d'un pays tiers, une réclamation à raison de ce dommage ne tombe pas dans le domaine de la protection diplomatique que puisse accorder l'Etat et ne saurait donner ouverture à une réclamation que l'Etat soit en droit d'endosser » (37).

2° *Jusqu'à quelle date la nationalité doit-elle persister ?*

En théorie, on pourrait penser qu'il importe avant tout que le lien de nationalité existe au moment du dommage. Cela serait possible si, comme le fait remarquer le professeur Reuter, la responsabilité internationale était véritablement une responsabilité entre Etats (38). Mais, en général, ce sont des considérations pratiques

---

(36) V. en particulier : aff. Orazio de Attellis, Commission mixte Etats-Unis-Mexique, 25 février 1842 (LA PRADELLE et POLITIS, *R.A.I.*, vol. I, pp. 472 et 473 ; aff. Medina, commission mixte Costa-Rica-Etats-Unis, 31 décembre 1862 (*ibid.*, vol. II, p. 169) ; aff. Morrisson, Ryder et Santo-Angelo, commissions internes de distributions instituées aux Etats-Unis par l'Act du 3 mars 1849 en ce qui concerne le paiement des réclamations américaines contre le Mexique (MOORE, *International Arbitrations*, vol. III, pp. 2325, 2332 et 2549).

(37) *Publications de la Cour*, série A/B, n° 76.

(38) « Si l'on restait logique avec la conception qui fait de la responsabilité internationale une relation d'Etat à Etat, c'est *à la date du délit et à elle seule que la nationalité devrait être vérifiée.* » (REUTER, *Droit international public*, Paris, P.U.F., éd. 1963, p. 155).

qui l'emportent : les Etats craignent les cessions de créance ou les changements abusifs de nationalité qui les transformeraient en véritables « collecteurs de réclamations » (« claim agent»). A la règle que la demande doit être nationale à l'origine, s'ajoute donc la règle de la continuité de la nationalité. Toutefois, cette règle peut être appliquée de manière plus ou moins rigoureuse.

a) Le premier système, le plus sévère, consiste à exiger la possession ininterrompue de la nationalité depuis l'acte illicite jusqu'à la sentence définitive. En doctrine, cette position est celle de sir Cecil Hurst (39) ; dans le domaine de la jurisprudence, c'est en ce sens que se sont prononcées les commissions vénézuéliennes de 1903, ainsi que la sentence arbitrale rendue le 1er mai 1924 par le professeur Max Huber dans l'affaire des réclamations britanniques pour dommages survenus dans la zone espagnole du Maroc (40).

b) Un second système moins sévère apprécie la nationalité au regard de la date du compromis d'arbitrage ou de la convention de réclamations. Cette position a été celle de la Commission mixte de Lima instituée entre les Etats-Unis et le Pérou dans l'affaire Benchiton et Lasarte (41), de la Commission mixte Etats-Unis-France de 1880-1884 dans l'affaire de l'archevêque de la Nouvelle-Orléans, Mgr Perché (42) ; elle a été en plusieurs occasions celle des Tribunaux arbitraux mixtes institués par les traités de paix de 1919 (43), mais surtout, elle a été celle de la Commission mixte de réclamations germano-américaine instituée par l'accord du 10 août 1922 avec la décision administrative n° V, rendue par le surarbitre Parker le 31 octobre 1924 (44).

---

(39) Sir Cecil Hurst, « *Nationality of claims* », in *B.Y.I.L.*, 1926, p. 183.

(40) « C'est un principe bien établi de la jurisprudence internationale qu'une réclamation doit être nationale du point de vue de l'Etat demandeur dès l'origine jusqu'à sa présentation comme réclamation de droit international. Par présentation, il faut comprendre non seulement la première présentation par la voie diplomatique, mais la totalité des actes par lesquels la réclamation est soutenue sur la base du droit international. Il en résulte que le caractère national de la demande doit exister jusqu'au moment du jugement ou tout au moins jusqu'à la clôture des débats. » (Réclamations britanniques pour dommages survenus dans la zone espagnole du Maroc, réclamation n° 36, aff. Benchiton, dans O.N.U., *Rec. Sent. arb.*, vol. II, p. 706.)

(41) Sentence du 27 novembre 1863 (La Pradelle et Politis, *R.A.I.*, vol. II, pp. 261 à 263).

(42) Moore, *Arb. cit.*, vol. III, pp. 2401 et s.

(43) V. notamment T.A.M. franco-allemand, 15 avril 1924, dame Paix (*Recueil des décisions des T.A.M.*, IV, 404) : T.A.M. germano-roumain, 6 nov. 1924, Wildermann c. Stinnes (*ibid.*, IV, 842) ; T.A.M. roumano-hongrois, Generala et autres c. Sternberg (*ibid.*, VI, 956).

(44) « La prétendue règle de la nationalité originaire », dit le texte de la décision, « n'a pas toujours été appliquée par les nations. Il est

c) Enfin, il existe une solution intermédiaire d'après laquelle la nationalité du réclamant doit persister au moins jusqu'à l'endossement (45).

La doctrine, quant à elle, est aussi divisée que la jurisprudence (46).

---

encore moins bien établi que cette prétendue règle comporte, comme le soutient l'agent allemand, une exigence supplémentaire. Selon lui, la réclamation devrait avoir possédé la nationalité de l'Etat requérant, non seulement à l'origine, mais d'une manière permanente jusqu'à l'époque où elle a été présentée, voire même jugée. Certains tribunaux se sont refusé à adopter cette dernière règle. D'autres, tout en l'appliquant, ont mis en doute sa validité. L'application intégrale de la règle invoquée par l'agent allemand à une réclamation appartenant à un simple particulier, et dont la nationalité a été changée par suite d'un transfert volontaire ou involontaire depuis que le droit a pris naissance, priverait le requérant de la possibilité de la faire valoir par une intervention diplomatique. Il en résulterait fréquemment que le propriétaire serait privé de son bien. Puisque la règle, dans son application, crée nécessairement des injustices, on peut bien douter qu'elle ait ou doive avoir une place parmi les règles établies du droit international. Les décisions qui l'ont adoptée dans l'ensemble n'ont vu en elle qu'une simple règle d'usage. Ordinairement, elles ont été rendues par des Commissions divisées, un membre étant nettement de l'avis contraire. A examiner les décisions prises dans ces affaires à la majorité, il est clair qu'elles ont été dans tous les cas dictées par les dispositions du protocole particulier régissant le tribunal. Ces dispositions limitaient sa compétence aux réclamations possédant la nationalité de l'Etat requérant, non seulement originairement, mais d'une façon continue, dans certains cas jusqu'à la date de l'enregistrement de la réclamation, dans d'autres jusqu'à la date de sa présentation devant le tribunal, dans d'autres jusqu'à la date du règlement. Ce manque d'uniformité en ce qui concerne la durée d'une nationalité ininterrompue exigée pour les besoins juridictionnels résulte de ce que le règlement de chaque affaire était fonction des termes de la convention particulière dont il dépendait ». (O.N.U., *Rec. cit.*, vol. VII, pp. 141 à 147 (texte anglais), et Witenberg, *Commission mixte de réclamations germano-américaine*, vol. II, pp. 33 à 36 (texte français). La décision finale fut la suivante : « Les réclamations présentées par les Etats-Unis, dans lesquelles l'Etat ou des particuliers sont intéressés pour tout ou pour partie, et possédant la nationalité américaine à la fois à la date où la perte, le dommage ou le préjudice s'est produit et le 11 novembre 1921, date à laquelle le Traité de Berlin a été mis en vigueur, rentrent dans le cadre des stipulations de ce traité et sont de la compétence de la Commission ». (O.N.U., *Rec. cit.*, VII, 154, et Witenberg, *op. cit.*, II, 50).

(45) Aff. Gleadell, Grande-Bretagne c. Mexique (O.N.U., *Rec. cit.*, V, 45, § 2).

(46) Voir à ce sujet les discussions suscitées par la question à l'Institut de droit international lors de la 37e session, à Cambridge, en 1931, et à la 38e session, à Oslo, en 1932, dans Borchard, « Rapport à l'Institut de droit international sur la protection diplomatique des nationaux à l'étranger », *Annuaire de l'Institut*, t. 36, vol. I (session de Cambridge, 1931), pp. 277 et s., et t. 37 (session d'Oslo, 1932), pp. 235 et s. La thèse de la continuité de la nationalité du jour du dommage à celui de la présentation de la demande était soutenue par le rapporteur, le professeur Borchard. En revanche, d'éminentes personnali-

Pour conclure cette rapide analyse des problèmes soulevés par le lien de nationalité en matière de protection diplomatique, on rappellera enfin le principe fondamental d'après lequel un Etat ne peut accorder sa protection diplomatique à l'un de ses ressortissants à l'encontre de l'Etat dont celui-ci possède aussi la nationalité.

Ce principe a été consacré par la jurisprudence, en particulier par la Cour internationale de Justice, dans son avis consultatif du 11 avril 1949 relatif à la réparation des dommages subis au service des Nations-Unies (47).

§ 2 : *Epuisement préalable des recours internes*

Cette règle est justifiée par la raison suivante : un Etat ne peut voir sa responsabilité internationale engagée par le jeu de la protection diplomatique que si l'individu lésé a préalablement épuisé sans succès les voies de droit mises à sa disposition par les tribunaux de l'Etat défendeur. Deux arguments peuvent être invoqués :

1° il est normal que ce soit le droit interne qui, en premier lieu, détermine le droit des étrangers. Il y a présomption de conformité de ce droit interne aux exigences du droit international en matière de protection des étrangers ;

2° il est également normal que ce soient les tribunaux de l'Etat qui apprécient en première analyse les points de fait ou de droit soulevés par les réclamations des étrangers avant que la responsabilité internationale de cet Etat puisse être engagée.

Il serait hors de notre sujet d'entrer dans l'analyse des discussions relatives à la nature de cette règle. Disons seulement que deux interprétations sont concevables. D'après la première, la règle de l'épuisement préalable des recours internes serait une règle de procédure (48), traduction de l'idée que la protection diplomatique n'est qu'un recours subsidiaire par rapport aux recours de droit commun et que, en conséquence, le passage du contentieux interne au contentieux international ne peut avoir lieu qu'après épuisement des voies internes de droit. Pour d'autres, la règle est une règle de

---

tés (La Pradelle, Politis, Georges Scelle, Rolin...) l'ont combattue. Elle fut finalement écartée par 29 voix contre 27 et 6 abstentions.

(47) Réparation des dommages subis au service des Nations-Unies, dans C.I.J., *Recueil*, 1949, pp. 181 à 186. L'avis fait allusion en effet (*Rec.*, p. 186) à « la pratique généralement suivie, selon laquelle un Etat n'exerce pas sa protection au profit d'un de ses nationaux contre un Etat qui considère celui-ci comme son propre national ».

(48) V. Visscher (Ch. de), « Le déni de justice en droit international », *Rec. Cours*, 1935, II, p. 423.

fond (49), réagissant sur le concept même de responsabilité internationale, qui serait alors engagée non pas seulement par un acte quelconque d'un organe étatique, mais aussi par la participation des organes suprêmes de la fonction judiciaire.

Quoiqu'il en soit, cette règle a été consacrée par la pratique de façon à peu près constante. Elle apparaît dès le début du XIXe siècle (50) et les commissions mixtes d'arbitrage l'ont toujours appliquée dans leurs sentences (51). La pratique conventionnelle l'a énoncée plus d'une fois également (52) et, si la Cour permanente de Justice internationale l'a écartée deux fois, ou bien s'est abstenue de se prononcer sur elle, il semble que ce soit pour des raisons tenant aux espèces mêmes qui lui étaient soumises (53). Il semble

---

(49) V. l'opinion du professeur Cavaré, dans l'*Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Grenade, 1936, t. 46, p. 276.

(50) V. le passage suivant d'une lettre adressée le 28 mai 1834 par le secrétaire d'Etat Mac Lane à B. J. Shair : « Bien qu'un gouvernement soit tenu de protéger ses citoyens et de veiller au redressement des torts subis par eux, lorsque la justice leur est absolument refusée par une nation étrangère, l'exécution de ce devoir présuppose toujours en premier lieu un recours aux moyens ordinaires de défense ou de réparation offerts par les lois du pays où leurs droits sont méconnus, lois auxquelles ils se sont volontairement soumis en entrant dans la sphère de leur application et dont ils doivent consentir à tenir compte... » (MOORE, *Digest of international law*, vol. VI, p. 658).

(51) V. en particulier : aff. du « Neptune », 1797, Commission mixte anglo-américaine du Traité Jay, décision du surarbitre Trumbell en date du 26 juillet (LA PRADELLE et POLITIS, *R.A.I.*, I, pp. 137 à 178) ; aff. de l' « Eliza », 27 novembre 1863, Commission mixte de Lima Etats-Unis-Pérou (LA PRADELLE et POLITIS, *op. cit.*, Vol. II, pp. 271 à 280) ; aff. Ziat et Ben Kiran, réclamations britanniques contre l'Espagne pour dommages survenus dans la zone espagnole du Maroc, sentence de Max Huber du 29 décembre 1924 (O.N.U., *Rec. cit.*, vol. II, p. 731) ; aff. Diaz, Nicaragua c. Guatemala, sentence de la Cour de justice centre-américaine établie par la convention de Washington du 20 décembre 1907, sentence en date du 6 mars 1909 (*A.J.I.L.*, 1909, pp. 737 à 747) ; aff. Salem, sentence du 8 juin 1932 du Tribunal arbitral spécial institué entre l'Egypte et les Etats-Unis (O.N.U., *Rec. cit.*, vol. II, pp. 1189 et 1190) ; aff. du « Lisman », Etats-Unis c. Grande-Bretagne, sentence de l'arbitre Hutcheson du 5 octobre 1937 (*ibid.*, vol. III, pp. 1769 à 1793) ; décision n° 1 du 3 juillet 1958 par le Tribunal d'arbitrage sur les dettes extérieures allemandes institué entre la Suisse et l'Allemagne (*Recueil des décisions du Tribunal*, Bonn, 1958, pp. 26-27).

(52) V. en particulier : art. 6 du traité général d'arbitrage italo-néerlandais du 20 novembre 1909 ; art. 10, § 3, du traité franco-américain du 28 juin 1948, relatif à l'application du Plan Marshall (*Documentation française*, n° 951, 13 juillet 1958), etc...

(53) Dans l'affaire des emprunts serbes (arrêt du 12 juillet 1929, *Publications de la Cour*, série A, n° 20, p. 19), la Cour a écarté la règle. Mais elle l'a fait par interprétation de la volonté des parties, la clause n'étant pas d'ordre public. Dans l'affaire de Chorzow (arrêt du 13 décembre 1927, *Publications de la Cour*, série A, n° 13), la Cour l'a également écartée, mais cette fois parce que les conditions nécessaires à son application n'étaient pas réunies. Dans l'affaire concernant cer-

donc que la règle fasse bien partie du droit international positif. Tantôt elle a été considérée comme « un principe généralement reconnu du droit international » (54), tantôt comme « un principe généralement admis de droit coutumier » (55), tantôt enfin comme « une des règles reconnues du droit international » (56). Sa portée d'application peut cependant être soumise à certaines conditions :

1° le recours doit exister en fait : il doit être accessible, efficace, suffisant, effectif (57), et c'est l'Etat intéressé qui a le devoir de désigner les autorités compétentes, afin d'éviter à l'individu étranger lésé des recherches compliquées (58) ;

2° les différents recours successifs doivent avoir été épuisés dans leur intégralité (59).

Enfin, cette règle, qui n'est pas d'ordre public, peut être écartée par la volonté des parties, étant entendu qu'il reste toujours possible au tribunal arbitral d'interpréter cette volonté ; elle est également écartée s'il n'y a pas de recours internes à épuiser, si le dommage se situe sur le plan des relations d'Etat à Etat, ou en dehors du cadre de la responsabilité internationale.

§ 3 : *Conduite correcte du réclamant (théorie des « mains propres »)*

Ce principe exige de la part du réclamant une conduite qui ne soit contraire ni au droit interne, ni au droit international, faute de quoi sa demande sera irrecevable.

---

tains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (arrêt du 26 mai 1926, *ibid.*, série A, n° 7, p. 76), dans l'affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (arrêt du 28 février 1939, *ibid.*, série A/B, n° 74), la Cour ne s'est pas prononcée sur la règle. Elle ne l'a appliquée qu'une fois, dans l'affaire de la Compagnie d'électricité de Sofia (arrêt du 14 avril 1939, *ibid.*, série A/B, n° 77, p. 79). La position de la C.P.J.I. est donc assez particulière.

(54) Sentence de Max Huber du 29 décembre 1924, aff. Ziat et Ben Kiran (O.N.U., *Rec. cit.*, vol. II, p. 731).

(55) Aff. Georges Pinson, 18 octobre 1928, décision de la commission des réclamations franco-mexicaine (*Ibid.*, vol. V, p. 351).

(56) Affaire de la Mexican Union Railways Company, 15 février 1930, décision rendue par la commission des réclamations anglo-mexicaine établie par la convention du 19 novembre 1926 (*Ibid*, V, p. 122).

(57) V. l'affaire de la réquisition des navires finlandais, et la sentence de l'arbitre Algot Bagge, juge à la Cour suprême de Suède, du 9 mai 1934 (*Ibid.*, vol. III, pp. 1484 à 1550) ; v. aussi l'analyse détaillée de la sentence dans : Hostie (J.), « la sentence arbitrale de M. Bagge dans le différend anglo-finlandais », *A.G.D.I.P.*, 1936, pp. 327 à 357, et dans : La Pradelle (A. de), note au *Recueil général de droit international*, 1934, 2, pp. 21 à 31.

(58) Aff. de la Deutsche Industrie Gesellschaft A.G., T.A.M. germano-yougoslave (*Recueil des décisions des T.A.M.*, vol. IX, p. 145).

(59) V. les affaires déjà citées soumises à la C.P.J.I., à savoir affaires Salem, chemin de fer de Panevezys-Saldutiskis, C^ie^ d'électricité de Sofia.

a) Si l'étranger a violé la loi interne du pays où il réside, il ne peut présenter une réclamation formée pour réparation des dommages provoqués par cette violation même. La jurisprudence a consacré plusieurs fois ce principe, en particulier dans l'affaire Ben Tillett.

Dans l'affaire Ben Tillett, il s'agissait d'un réclamant ayant commis un délit (Ben Tillett était un syndicaliste britannique qui s'était rendu à Anvers le 21 août 1896 pour provoquer de l'agitation au cours d'une réunion de dockers). La Belgique l'arrêta et l'expulsa. La réclamation de la Grande-Bretagne fut rejetée par l'arbitre (60), qui observa que « Ben Tillett s'était rendu en Belgique pour y fomenter une grève jugée par le Gouvernement royal tout à la fois préjudiciable aux intérêts du port d'Anvers et menaçante pour la tranquillité publique » (61).

Souvent, les règlements des Commissions de réclamations imposent aux réclamants d'affirmer dans leurs requêtes qu'ils n'ont participé à aucun mouvement susceptible d'avoir troublé le pays défendeur (62).

b) Il peut paraître à première vue surprenant que le réclamant puisse avoir une activité contraire au droit international, puisque lui-même, en tant qu'individu, n'est pas sujet direct de ce droit. En réalité, le problème se pose ainsi : les Etats qui, eux, sont sujets du droit des gens, ont compétence pour édicter à leurs ressortissants le respect des obligations de ce droit. Si donc une sentence semble faire apparaître l'individu comme sujet de droit international, c'est en réalité parce qu'elle refuse de reconnaître l'endossement par l'Etat de réclamations nées de dommages résultant, pour son ressortissant, d'une activité qu'il aurait dû lui-même interdire. La jurisprudence internationale a fait application de ce principe, notamment dans le domaine de la traite des esclaves et dans celui des actes contraires à la neutralité (63).

---

(60) Aff. Ben Tillett, Grande-Bretagne c. Belgique, compromis d'arbitrage du 19 mars 1898, sentence du 26 décembre 1898 (*R.G.D.I.P.*, 1899, pp. 46-51 en note).

(61) *Ibid.*, p. 51, en note.

(62) Art. 8 du règlement de procédure de la Commission mixte franco-américaine de 1880 ; art. 4 du règlement de procédure de la Commission anglo-chilienne de 1893.

(63) En matière de traite des esclaves, la recevabilité de la réclamation a été admise dans les cas où l'esclavage était licite lors du dommage ; v. par exemple l'affaire de l' « Enterprize », commission anglo-américaine de 1853-1855, sentence du 15 janvier 1855 (La Pradelle et Politis, *op. cit.*, vol. I, pp. 686 à 704 ; voir aussi l'affaire du « Creole », même commission, sentence également de 1855 (*ibid.*, vol. I, pp. 688 à 691 et 704 à 705). En revanche, la commission a conclu au rejet de la demande dans les cas où l'esclavage était illicite au moment du dommage : v. aff. du « Lawrence », 4 janvier 1855 (*ibid.*, vol. I, p. 740)

Section II

La position des sociétés

Le cadre que nous venons de tracer commande aussi bien la protection diplomatique des personnes morales que celle des personnes physiques. Comme toute personne morale, la société est donc soumise aux trois conditions de nationalité (lien et continuité), de conduite correcte et d'épuisement préalable des recours internes. Mais si les deux dernières conditions peuvent s'appliquer aux sociétés de façon simple, sans soulever de problème particulier, tel n'est pas le cas de la première.

§ 1 : *Epuisement des recours internes et théorie des « clean-hands »*

Comme l'individu, la société ne peut bénéficier de la protection diplomatique et voir sa réclamation prise en considération si elle n'a préalablement épuisé les voies internes de droit mises à sa disposition par l'Etat responsable. En matière de sociétés, le principe est aussi rigoureux que pour les personnes physiques. Il est considéré comme conforme aux conceptions modernes de la responsabilité et de la souveraineté de l'Etat. On peut même se demander si les Commissions arbitrales tiendraient compte, en toutes circonstances, d'une renonciation contractuelle à ce principe. Il existe en tous cas des exemples où le tribunal a refusé de prendre en considération la clause de renonciation : on peut citer deux sentences de la commission instituée en vertu du compromis anglo-américain du 10 août 1910 (64). Une solution analogue fut adoptée dans l'affaire de la North American Dredging C° qui opposait les Etats-Unis au Mexique (65).

---

et aff. du « Volusia », 1er décembre 1854 (*ibid.*, vol. I, p. 741). En matière de neutralité, c'est, la plupart du temps, l'Etat neutre lui-même qui n'assure pas la protection de ses ressortissants si les actes de ceux-ci sont contraires à la neutralité. V. par exemple le passage suivant de la proclamation de Georges Washington du 22 avril 1793 portant déclaration de neutralité des Etats-Unis dans la guerre de coalition contre la France : « celui des citoyens des Etats-Unis qui se rendra punissable de châtiment ou de confiscation en vertu du droit des gens en commettant, aidant ou encourageant des hostilités contre une des puissances précitées (Autriche, Prusse, Sardaigne, Grande-Bretagne, Pays-Bas, d'une part, et France de l'autre) ou en lui transportant un des articles considérés comme contrebande par l'usage actuel des nations, ne recevra pas la protection des Etats-Unis contre cette punition ou confiscation » (La Pradelle et Politis, *op. cit.*, vol. I, pp. 33 et 34). La Commission mixte anglo-américaine de Washington-Newport a fait application de ce principe dans l'affaire Whitty, sentence du 25 septembre 1873 (*ibid.*, vol. III, pp. 110 à 113).

(64) American and British Claims Arbitrations, Report of F. K. Nielsen, Washington 1926, pp. 326-406.

(65) United States and Mexico, General Claims Commission, opinions of the Commissionners, Washington 1927, p. 21. V. aussi Mexican Union Railway, British-Mexican Claims Commission, Decisions and opinions of the Commissionners, 1931, p. 157.

Le principe fut rappelé par le surarbitre Bruce dans l'affaire de la Pacific Mail Steamship C° qui opposa les Etats-Unis à la Nouvelle-Grenade. Dans sa décision, le surarbitre F. Bruce, ministre de Grande-Bretagne à Washington, rappela qu'aucun recours à l'arbitrage n'est possible s'il reste, d'après le droit interne, un moyen d'obtenir réparation ; en particulier, si l'acte dommageable est accompli d'après une loi constitutionnelle, il faut d'abord que la procédure d'inconstitutionnalité de la loi, ouverte par le droit interne, ait été préalablement mise en œuvre sans succès :

> « Car c'est un principe admis en droit international que les particuliers victimes d'actes illégaux de l'autorité publique doivent épuiser tous les moyens légaux offerts par la Constitution du pays pour la reconnaissance de l'illégalité et l'annulation des actes » (66).

Le même principe fut appliqué dans l'affaire de la société « Interoceanic Railway of Mexico » (67).

Nous verrons dans la troisième partie que le système de garantie-assurance institué par les Etats-Unis en faveur des sociétés américaines ayant investi à l'étranger prévoit que, en cas de dommage infligé à ces sociétés, une procédure d'arbitrage sera immédiatement déclenchée, la protection diplomatique des Etats-Unis jouant ainsi automatiquement, même si le ressortissant américain lésé n'a pas épuisé les voies de recours internes qui lui sont ouvertes devant les tribunaux locaux (68). Toutefois, il s'agit là d'un aspect d'une pratique conventionnelle qui, loin de modifier le principe général, ne fait que le renforcer en y apportant expressément une dérogation.

Il faut cependant citer un cas qui se produit fréquemment en matière de sociétés, et dans lequel le principe doit être écarté. Ce cas est celui où l'atteinte à la propriété est l'effet direct d'une loi qui ne peut être attaquée.

En général en effet, l'autorité administrative ou judiciaire, dans ce cas, ne pourra trancher le litige que conformément à la loi (69). Pour les sociétés, cette situation se présentera en particulier s'il y a nationalisation. Les exemples sont nombreux. Nous choisirons un des plus récents, celui de la nationalisation de la Compagnie

---

(66) Commission mixte Etats-Unis-Colombie instituée par la Convention de Washington du 10 septembre 1857, décision du 18 mai 1866 (La Pradelle et Politis, *op. cit.*, vol. II, pp. 485 à 488 et particulièrement p. 486).

(67) O.N.U., *Rec. cit.*, vol. V, pp. 178 à 190.

(68) V. en particulier l'accord avec la France, art. X, § 3.

(69) Cf. Guggenheim, *Traité de Droit international public*, Genève, 1953, t. II, p. 22 : « Il ne peut être naturellement question de l'épuisement des instances quand c'est la décision d'une autorité étatique supérieure qui est attaquée comme étant contraire au droit. »

universelle du Canal de Suez par le gouvernement égyptien le 26 juillet 1956.

A la suite de cette nationalisation, la Grande-Bretagne et la France décidèrent de présenter une réclamation diplomatique. Cette intervention ne donna pas lieu à arbitrage, car l'affaire fut résolue par la suite sur une base politique. Cependant, lorsqu'on examine les aspects juridiques de cette réclamation, on peut discuter de sa recevabilité sur le terrain du lien de nationalité, et nous retrouverons le problème. En revanche, on aboutit rapidement à la conclusion qu'aucune exception d'irrecevabilité ne pouvait être tirée de la règle de l'épuisement préalable des recours internes. En effet, la nationalisation avait été décidée par une loi contre laquelle, d'après les principes du droit égyptien, aucun recours interne n'existait (70).

On peut également citer le passage suivant du rapport du Professeur Verzijl à l'Institut de Droit international :

> « Si l'auteur de la lésion est le pouvoir constitutionnel ou législatif de l'Etat, qui confisque les propriétés étrangères sans motif internationalement valable, ou qui nationalise des entreprises sans indemnité adéquate, la responsabilité internationale de cet Etat est généralement engagée d'une manière directe, sans que l'Etat auquel les compagnies ou individus lésés ressortissent doive attendre qu'une décision définitive en sens défavorable intervienne dans l'ordre juridique interne de l'autre Etat » (71).

Quant au principe des « clean-hands », il s'impose aux sociétés comme aux personnes physiques. La société ne doit pas se livrer à une activité ou à un commerce contraire au droit interne ou au droit international. Le principe, appliqué aux sociétés, ne soulève aucun problème spécial. En revanche, la condition du lien de nationalité concentre autour d'elle toutes les difficultés.

§ 2 : *La nationalité de la société réclamante*

La société est une personne morale. Cette personnalité morale lui permet de répondre à sa vocation, qui est de réunir sous une même bannière des hommes désireux de profiter des possibilités offertes par la mise en commun des capitaux et des efforts, mais elle ne peut faire totalement oublier, dans ce domaine où il s'agit de commerce, d'industrie, de recherches de bénéfices, ces mêmes hommes qui se sont associés en elle. Cette dualité fait toute la difficulté, ainsi que

---

(70) V. P. de Visscher, « Les aspects juridiques fondamentaux de la question de Suez », *R.G.D.I.P.*, 1958, p. 426.

(71) Verzijl, « La règle de l'épuisement des recours internes », Rapport à l'Institut de droit international, *Annuaire de l'Institut*, 1954, I, p. 26.

le fait que la personne morale peut, elle aussi, être susceptible de nationalités différentes suivant la loi d'après laquelle on la considère.

La société, comme toute personne morale, ne devient sujet de droit que par l'effet d'une norme de l'ordre juridique interne. Si un groupement n'entre pas dans le domaine d'application de cette norme, il n'aura pas de capacité juridique, il ne sera qu'une association de fait. En conséquence, si c'est l'ordre juridique national qui décide de la qualité de sujet de droit d'une personne morale, on concevra aisément que l'appartenance de celle-ci à un Etat donné s'apprécie suivant les critères de l'Etat même qui l'a dotée de la capacité juridique. Le problème alors serait simple si la détermination de l'Etat créateur de la personne morale était toujours la conséquence d'un acte individuel unique. Mais en réalité il est plus complexe car, la plupart du temps, la création de la personne morale n'est pas la conséquence d'un acte individuel venant d'un Etat qui aurait pris la décision d'après une norme de droit interne. Au contraire, les personnes morales sont créées par des actes émanant de volontés individuelles qui, suivant le mot du Professeur Paul de Visscher (72), « jouent le rôle d'actes-conditions par rapport à un ou plusieurs ordres juridiques ».

La conséquence est que, si une société qui a son siège social en France s'est fait enregistrer sous les lois anglaises, elle sera considérée comme française par la France, qui retient comme critère de la nationalité des personnes morales le siège social, tandis que l'Angleterre, qui retient comme critère l'enregistrement, la considérera comme anglaise.

L'autre phénomène qui peut se produire est qu'une société enregistrée en Angleterre soit composée d'actionnaires américains. Dans ces conditions, la société sera de nationalité anglaise, d'après les critères du droit interne, et elle sera effectivement considérée comme anglaise pour tous les problèmes relatifs au droit privé. Mais, en matière de protection diplomatique, cette hypothèse donnera lieu à des incertitudes. Nous touchons là au nœud du problème et nous voyons dans quelle position très particulière se trouve la société en ce qui concerne le lien de nationalité requis pour l'endossement d'une réclamation. Car, dans cette hypothèse, quel sera l'Etat qualifié pour protéger la société ? A s'en tenir aux règles juridiques strictes, on ne prendra en considération que la personne morale et on jugera que c'est la Grande-Bretagne qui doit la protéger. Cependant, la Grande-Bretagne peut fort bien ne trouver aucun intérêt à cette protection et déclarer, pour justifier son refus, qu'il n'est pas possible que la personnalité morale recouvre entièrement les

(72) P. de Visscher, « La protection diplomatique des personnes morales », *Rec. Cours*, 1961, I, p. 430.

réalités matérielles qui, en l'occurrence, sont des intérêts américains. Les Etats-Unis, alors, pourront-ils intervenir ? Non, répondra-t-on, puisque la société n'a pas la nationalité américaine. Hypothèse d'école que ce dilemme ? Non pas ; nous sommes en pleine réalité. Ce cas a été, au début du siècle, celui de l'Orinoco Steamship Company.

A l'origine, la société s'appelait l'Orinoco Shipping and Trading Company Limited. C'était une société anglaise, car elle avait été enregistrée à Londres, mais son capital était détenu par des ressortissants américains dans une proportion de 90 %. A la fin de 1898, elle obtint d'un sieur Oleachea, puis de diverses compagnies vénézuéliennes, par transfert des droits que leur avait accordés le gouvernement vénézuélien, la concession exclusive de la navigation sur l'Orénoque. Mais, deux ans plus tard, un décret du gouvernement vénézuélien, en date du 5 octobre 1900, proclamait la liberté de navigation sur l'Orénoque et, le 14 décembre 1901, une résolution du pouvoir exécutif révoquait le contrat de concession accordé à la société, arguant de manquements du concessionnaire à ses obligations contractuelles.

La société se trouva alors hors d'état de poursuivre son activité. Comme elle était anglaise, elle s'adressa au Foreign Office, et subsidiairement au Département d'Etat de Washington. Les ministres anglais et américain agirent d'abord de concert auprès du ministre vénézuélien des relations extérieures, sans résultat. Puis le Foreign Office déclara qu'il se désintéressait de l'affaire, sans donner de raison précise, mais sans nul doute parce qu'il s'était aperçu que la compagnie n'était anglaise que de nom (73). Ce que voyant, la compagnie décida d'abandonner la nationalité anglaise pour prendre la nationalité américaine et, au moyen d'un changement de nom, l'Orinoco Shipping and Trading Company devint l'Orinoco Steamship Company, société américaine incorporée conformément à la législation de l'Etat de New-Jersey. Elle put ainsi obtenir la protection diplomatique des Etats-Unis et lorsque, après d'autres aventures encore, sa réclamation fut présentée devant une commission d'arbitrage en vertu d'un protocole conclu par les Etats-Unis le 17 février 1903, il fallut encore que le surarbitre Barge, en interprétant le protocole, puisse écarter, pour les besoins de la cause, la règle de la continuité de la nationalité (74).

Dès que, en matière de sociétés, on parle de protection diplomatique, tout le malheur vient de l'écart qui peut exister entre la nationalité de la personne morale comme telle et celle de ses actionnai-

---

(73) V. la lettre du Foreign Office dans les *Plaidoiries du Venezuela*, p. XII.

(74) V. Georges SCELLE, « l'affaire de l'Orinoco Steamship Company », *R.G.D.I.P.*, 1911, pp. 164-202, et O.N.U., *Rec. cit.*, vol. IX, pp. 180-204.

res. Le problème n'est simple que si les liens d'allégeance concordent : tel serait le cas d'une compagnie ayant son siège social en France et composée d'actionnaires français. Mais, dès qu'un des éléments fait dissonance, les conflits apparaissent.

Dans ces conditions, dira-t-on, mieux vaudrait aller jusqu'au bout des choses et admettre que, dès qu'il s'agit de protection diplomatique, le lien d'allégeance unissant une société à un Etat sera déterminé par la nationalité des actionnaires de cette société. Mais on se heurte alors à de nouvelles difficultés, d'ordre économique et financier, car il est souvent difficile de déterminer quelle est l'influence majoritaire, et parce que cette influence, à supposer qu'on puisse la déterminer à un moment donné, est sujette, de par sa nature même, à des variations. En 1958, la Belgique a provoqué l'étonnement général en intervenant au nom d'une société d'après ce seul critère de fait, phénomène jusqu'alors unique dans les annales du droit. La société en question que, chemin faisant, nous avons déjà rencontrée, et que nous retrouverons, la « Barcelona Traction, Light and Power C° Ltd », était une société de nationalité canadienne, puisqu'elle avait été enregistrée au Canada, mais son contrôle était entre les mains d'intérêts belges. A la suite de dommages dont fut victime cette société de la part de l'Espagne et sur lesquels nous reviendrons, la réclamation fut endossée, non par l'Etat canadien, ce qui, d'après les traditions, aurait dû être le cas, vu la nationalité canadienne de la compagnie, mais par la Belgique qui, ainsi, chercha à protéger ses nationaux, non pas en protégeant les actionnaires *ut singuli*, mais en endossant la réclamation de la société comme telle. Le problème est actuellement devant la Cour internationale de Justice. La position de la Belgique sera-t-elle approuvée ? Si c'était le cas, on pourrait parler d'une évolution sensible de notre problème. Mais jusqu'à présent, le dilemme que nous avons présenté subsiste.

D'autre part, les commissions d'arbitrage, en règle générale, ont plutôt retenu que seul le lien de nationalité établi d'après les critères du droit interne justifiait l'endossement par un Etat de la réclamation d'une société. Mais cette nationalité, bien que nécessaire, n'a pas toujours été considérée comme suffisante (75).

Voilà le problème, complexe ; voilà un aperçu de la pratique, contradictoire. Diverses théories peuvent être proposées pour en rendre compte. Y en a-t-il une qui soit parfaitement satisfaisante ? Ce n'est pas sûr. Ne préjugeons rien et *a priori* n'acceptons rien. Suivant le mot de Duguit, dans ses *Etudes de droit public* : « adaptons les théories juridiques aux faits et non pas les faits aux théories juridiques ». Nous adopterons la méthode de Claude Bernard.

---

(75) Aff. de l' « *I'm alone* », Grande-Bretagne c. Etats-Unis (O.N.U., *Rec. cit.*, vol. III, pp. 1614 à 1618).

Les faits seront pour nous la pratique des Etats et la jurisprudence internationale, et nous nous comporterons devant eux comme le savant devant les phénomènes naturels. Après quoi seulement nous serons en mesure d'apprécier les théories et de voir si l'une d'elles peut rendre compte de l'ensemble des phénomènes ou si, au contraire, le problème résiste à toute tentative de construction théorique.

Reprenons donc le problème à la base. Dans un Titre I, nous étudierons quels sont, suivant les pays, les critères retenus pour déterminer la nationalité des sociétés. Ce sera le point de vue théorique. Dans un Titre II, nous passerons à la pratique et nous examinerons les cas concrets de protection diplomatique des sociétés. Dans un Titre III, nous confronterons théorie et pratique et nous essaierons de faire le point.

TITRE PREMIER

LES CRITERES DE DETERMINATION DE LA NATIONALITE DES SOCIETES

Le fait que, comme nous l'avons vu précédemment, la matière de la détermination de la nationalité soit réservée à la compétence exclusive de chaque Etat explique la diversité des solutions proposées. On peut en dégager trois critères essentiels, les seuls qui, par le nombre des pays qui les adoptent ou l'intérêt qu'ils suscitent, paraissent devoir être retenus ici.

Le premier de ces critères s'inspire peu des considérations économiques et s'attache surtout à la volonté des parties. Dans cette optique, la société a la nationalité du pays où elle est enregistrée. A l'opposé, on trouve un autre critère qui, lui, est de nature purement économique : la société a la nationalité du pays dont elle représente les intérêts : c'est le système du contrôle. Le troisième, à michemin entre les considérations juridiques et les considérations économiques, rattache la société à l'Etat dans lequel se trouve son siège social.

Cependant, dans la suite de notre exposé, nous n'étudierons pas les critères dans cet ordre. Nous adopterons une autre classification, que nous retrouverons plus tard lorsque nous apprécierons leur valeur dans le domaine de la protection diplomatique. Parmi ces critères en effet, deux présentent un caractère traditionnel ; ils sont adoptés depuis longtemps et de façon à peu près constante par les pays qui les ont reconnus ; il s'agit du siège social et de l'enregistrement. L'autre, au contraire, celui du contrôle, présente des caractères propres, a suscité et suscite encore dans la doctrine et la jurisprudence les plus vives controverses.

Jusqu'à nouvel ordre, nous ne discuterons pas du problème de savoir si l'on peut valablement parler d'une « nationalité » des sociétés. D'une part, il s'agit là d'un problème rebattu, dont on trouvera d'excellents exposés dans de nombreux ouvrages (76).

---

(76) PILLET, *Traité de droit international privé*, t. II, éd. 1923, n° 733 ; PEPY, *La nationalité des sociétés*, thèse, Paris, 1920, p. 114 et s. ; TRAVERS (M.), « La nationalité des sociétés commerciales », *Rec. Cours*, 1930, III, pp. 19 à 48 (on trouve dans ce cours un des meilleurs exposés qui aient été faits de la question) ; NIBOYET, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », art. dans *R.D.I.P.*, 1927, pp. 402 à 417 ; LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse, Paris, 1949, n° 36 à 45, pp. 81 à 98.

D'autre part, analyser le problème en détail sortirait du cadre de notre sujet. Enfin, étudié dans l'abstrait, il se ramène plus à une querelle de terminologie qu'à une question pratique, puisque de toute manière il faut bien rattacher une société à un Etat.

Nous ne voulons pas dire par là que nous acceptons sans le discuter le concept de nationalité des sociétés. Nous ne l'adoptons que provisoirement, comme une « conception commode », et parce que le terme est constamment employé, et par la doctrine, et par la jurisprudence. Mais, ce faisant, nous procédons comme le mathématicien qui propose une démonstration par l'absurde. A la fin de notre exposé nous aurons pu nous rendre compte en effet, cette fois non pas au moyen d'une théorie abstraite, mais grâce aux faits, des conséquences fort critiquables auxquelles peut aboutir le concept de nationalité tel qu'il est généralement appliqué aux sociétés. C'est alors que nous pourrons le mettre en question.

Le plan du Titre I se présentera donc comme suit :

CHAPITRE I : Les critères traditionnels.

CHAPITRE II : Le contrôle.

Chapitre premier

Les critères traditionnels

Le siège social est le critère le plus généralement retenu pour déterminer la nationalité d'une société.. Cependant, le système de l'enregistrement garde son importance du fait qu'il est retenu par la Grande-Bretagne et les Etats-Unis. A chacun d'eux sera consacré une section.

Section I : *L'enregistrement*

Chez les anglo-saxons, la société est régie par la loi du lieu où les formalités ont été accomplies, où la société a été enregistrée, « incorporated ». Sa nationalité dépend donc de la volonté des associés. Peu importe que le siège social et le centre d'exploitation se trouvent dans un autre pays. C'est l'application la plus large de l'autonomie de la volonté. La composition du capital social, le contrôle financier, n'entrent pas même en ligne de compte (77), non plus que la nationalité des fondateurs ou des associés, du moins en Grande-Bretagne. En ce qui concerne les Etats-Unis, le Professeur Borchard précise (78) : « Seulement treize Etats exigent la résidence de la part des « incorporators » et seulement six exigent la citoyenneté de l'Etat. New-York paraît être le seul Etat demandant la citoyenneté des Etats-Unis. » On voit que les exigences sont réduites au minimum.

La même formule se dégage des décisions de jurisprudence : la société voit sa nationalité déterminée par la constitution de son entité juridique indépendante, attestée par la formalité de l'enregistrement (79). Certaines décisions ont refusé expressément d'envisager comme critère de la nationalité le lieu du siège administratif ou social. L'une d'elles en particulier (80) a décidé que, en plaçant

---

(77) Rabel, *Conflicts of Laws*, 1957, II, 31 ; cf. aussi la phrase de Lord Wrenbury : « The legal entity created by registration is a corporate body distinct from the persons composing it » (cité par MacNair, « The national character and status of corporations », *B.Y.I.L.*, 1923-1924, p. 45.)

(78) *Diplomatic Protection of Citizens abroad* (New-York, 1915), § 278, p. 619.

(79) V. dans Driefontein consolidated Mines v. Janson le jugement de Mathew, J [1900] 2 Q.B. 339.

(80) Attorney General v. Jewisch Colonisation Association [1901] 1 Q.B. 123, jugement de A. L. Smith, M.R. pp. 129-130.

délibérément leur entreprise sous l'autorité des lois anglaises, les fondateurs d'une société lui avaient irrévocablement conféré la nationalité anglaise ; qu'aucune modification ne pouvait être apportée à cette situation par la circonstance que le conseil d'administration avait toujours eu son siège à l'étranger. La même décision citée ci-dessus (81) avait jugé que la nationalité des membres ou actionnaires était sans aucune influence sur la détermination de la nationalité de la société considérée comme telle. « Quand bien même, disait lord Macnaghten, tous les membres de cette société seraient sujets britanniques, la société elle-même n'en serait pas moins une société étrangère » (82).

La doctrine est également unanime en ce sens. Parmi les auteurs, M. E. Hilton Young, qui a étudié la question en utilisant le plus les formules continentales, déclare pourtant : « La loi personnelle d'une personne physique est déterminée par la loi de son domicile ou « permanent home ». Si l'application de l'expression peut être étendue par analogie à une société, « corporation », il est, sans aucun doute, très raisonnable de dire que son « permanent home » est à sa résidence principale qui... est le centre de son activité administrative. Nous n'avons cependant aucune autorité précise pour cette proposition, ni aucune pour la proposition plus importante qui en est la conséquence qu'au cas de sociétés, « corporations », comme dans le cas de personnes physiques, c'est le domicile qui détermine la loi personnelle. Si le domicile d'une société est au centre de son autorité administrative et si sa loi personnelle dépend de son domicile, alors une modification dans le centre de ses affaires administratives devrait avoir pour conséquence une modification de la loi personnelle. Mais nous chercherions en vain une autorité pour la proposition qu'une société enregistrée en vertu des « Companies Acts » cesse d'être régie par ces lois lorsqu'elle transfère le centre de ses affaires administratives, ou pour la proposition qu'une société, enregistrée hors du Royaume-Uni, devient soumise à ces lois lorqu'elle établit son centre d'activité administrative ici. Au contraire, il y a des décisions formelles en ce sens que les « Companies Acts » ne sont, en aucun cas, applicables à des sociétés enregistrées à l'étranger et, dans l'affaire Attorney General c. The Jewish Colonisation Association, nous avons une autorité précise, sinon finale, pour la proposition que la loi personnelle d'une société dépend, non du lieu où est situé son centre d'affaires administratif, mais du lieu où elle est enregistrée. La loi personnelle d'une société ne peut, en conséquence, être considérée comme

(81) Driefontein consolidated Mines v. Janson.

(82) Cité par Ch. de Visscher, « La nationalité et le caractère ennemi des sociétés commerciales d'après la jurisprudence des Cours anglaises », *R.D.I.P.*, 1917, p. 503.

déterminée par son domicile à moins que le mot ne soit employé comme signifiant, au cas de société, quelque chose de tout à fait différent de ce qu'il signifie au cas de personne physique, c'est-à-dire non son « permanent home », mais le lieu de son enregistrement, qui est analogue au lieu de naissance d'une personne physique » (83), (84).

Enfin, le Treaty of Peace Order de 1919, qui définit, dans son article 2, le terme « national », s'exprime ainsi : « L'expression Nationaux, par rapport à un Etat quelconque, comprend une société, « company or corporation », qui y est incorporée conformément aux lois locales. »

Ce critère est donc très libéral, et favorable par conséquent à la liberté du commerce. Sur le plan juridique, il est conforme aux exigences de sécurité puisque l'enregistrement ne constitue qu'une formalité administrative facile à identifier et à vérifier. En contrepartie, on peut lui reprocher de faire la part trop belle au principe de l'autonomie de la volonté et d'abandonner ainsi le choix de la nationalité d'une société au bon plaisir des personnes physiques qui la créent. Le système donne peut-être aux associés la possibilité de se prévaloir des avantages de la loi anglaise et, en principe, de la protection diplomatique anglaise ; il n'en reste pas moins que la nationalité est ainsi dissociée de toute allégeance effective et que, par là même, elle peut ne constituer qu'une justification bien faible pour l'exercice de la protection diplomatique.

Section II : *Le siège social*

Le critère du siège social est le plus largement répandu. Il l'emporte de loin sur le critère anglo-saxon de l'enregistrement et, exception faite pour les pays de langue anglaise, on peut dire qu'il domine le monde. Il est consacré par les législations de l'Allemagne occidentale, de la Belgique, du Danemark, de l'Espagne, de la France, de la Grèce, du Luxembourg, des Pays-Bas et de la Suisse. Hors d'Europe, il est adopté par l'Argentine, la Colombie, la Bolivie, l'Uruguay. Très nombreux sont les accords diplomatiques qui rattachent la nationalité de la société au siège social (85). La formule généralement employée par ces accords est : « sociétés ayant

(83) E. Hilton Young, *Foreign companies and other corporations*, 1912, p. 205.

(84) V. aussi : Trib. arb. mixte anglo-bulgare, 18 octobre 1923, James Dawson c. Balkanische Handels und Industrie A.G., *Rec. des T.A.M.*, t. III, p. 534 ; Court of Appeals, 23 janvier 1917, Aramayo Franke Mines Ltd, *Journal du droit international*, 1919, p. 1126.

(85) V., entre autres, les traités conclus par la France avec le Japon, le 19 août 1911, art. 17, avec le Siam, le 14 février 1925, art. 8, avec la Grèce, le 8 septembre 1926, art. 11, avec la République de Cuba, le 6 novembre 1929, art. 17, etc...

leur siège sur le territoire de l'une des parties contractantes et existant régulièrement d'après les lois de cette dernière. » C'est encore au critère du siège social que s'est rallié l'Institut de Droit international, en 1891, dans les résolutions adoptées lors de la session de Hambourg (86). L'article 5 déclare : « On doit considérer comme pays d'origine d'une société par actions le pays dans lequel elle a établi sans fraude son siège social. » C'est du même critère que font état, mis à part le cas où les statuts déterminent eux-mêmes la nationalité de la société, les articles 18 et 19 du code Bustamante du 20 février 1928 (87). Enfin, le système du siège social a été recommandé et mis au premier plan par le sous-comité d'experts de la Société des Nations pour la codification progressive du droit international (88).

Ce système est surtout l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence françaises. Lorsque, au milieu du XIX^e^ siècle, les problèmes relatifs aux sociétés ont commencé à se poser, l'effort s'est orienté dans le sens de l'adaptation aux exigences du commerce international de textes rédigés à l'origine pour les seuls individus. Mais ces textes s'appliquaient très mal, car ils visaient le seul domicile, en ne l'envisageant que sous l'angle du droit interne. Les juridictions et la doctrine se sont alors efforcées de découvrir pour les sociétés un critère équivalent à celui du domicile pour les individus, critère qui fût assez souple pour s'adapter au commerce international et assez précis pour décourager les tentatives de fraude. Elles ne sont pas parvenues sans vicissitudes à se fixer sur le critère du siège social. D'autres furent proposés, tels que le centre d'exploitation, ou la nationalité des associés. Mais le siège social fut finalement retenu de préférence aux autres, nous verrons pourquoi et comment dans un premier paragraphe. Nous examinerons ensuite quels sont les caractères qu'il doit présenter pour être valable.

---

(86) Résolutions de l'Institut de droit international arrêtées à Hambourg, le 7 décembre 1891, art. 5 (*Annuaire de l'Institut de Dr. international*, t. XI, p. 172).

(87) Code de droit international privé voté à La Havane, le 20 février 1928. Les articles 18 et 19 sont ainsi conçus : « ART. 18. — Les sociétés civiles, commerciales ou industrielles, qui ne sont pas anonymes, auront la nationalité fixée par les statuts et, s'il y a lieu, celle du lieu où siège habituellement leur administration ou leur direction principale ». — « ART. 19. — Pour les sociétés anonymes, la nationalité sera déterminée par les statuts et, s'il y a lieu, par la loi du lieu où se réunit normalement l'assemblée générale de leurs actionnaires et, à défaut, par celle du lieu où siège leur principale assemblée ou conseil de direction ou d'administration. »

(88) RUNDSTEIN, « Rapport du sous-comité d'experts pour la codification progressive du droit international sur la nationalité des sociétés commerciales et leur protection diplomatique », *précit.*, p. 9 : « La nationalité des sociétés de commerce se détermine d'après la loi de leur constitution et d'après le siège social réel dont la qualification juridique est soumise à la loi sus-mentionnée de leur formation. »

§ 1 : *Historique du critère*

Une idée qui paraît séduisante au premier abord, et qui pourrait se présenter la première à l'esprit, serait de déterminer la nationalité d'une société par la nationalité des associés ou de la majorité d'entre eux. Cependant elle n'a pas prévalu, elle est, pourrait-on même dire, impraticable, pour deux raisons. Dans les sociétés de capitaux, les titres étant au porteur, les associés sont inconnus ; et surtout, elle mettrait la nationalité de la société à la merci d'une cession de parts, lors même que la nature de l'activité n'a pas changé.

On peut alors songer à retenir comme critère le centre d'exploitation, lieu où la société manifeste son activité, et aisément identifiable. Ce critère a, en effet, exercé pendant longtemps une séduction certaine, et c'est entre lui et le siège social que la lutte se circonscrit. On peut distinguer deux étapes.

Dans un premier temps, de 1848 à 1890, la jurisprudence hésite entre le siège social et le centre d'exploitation. Chacun des deux critères marque approximativement le même nombre de points ; la lutte est égale entre les deux antagonistes. Après 1890, le centre d'exploitation lâche prise et le siège social l'emporte.

1° *La lutte entre le siège social et le centre d'exploitation.*

Pillet, dans son ouvrage sur « Les personnes morales en droit international privé », fait remonter à 1848 la date de prise en considération du centre d'exploitation par la jurisprudence (89). Le professeur Batiffol, dans son *Traité de Droit international privé*, donne le même avis (90). Loussouarn, au contraire, pense qu'il faut attendre un jugement du Tribunal civil de Saint-Etienne du 30 décembre 1868, arrêt qui fut d'ailleurs cassé par la Chambre civile le 20 juin 1870 au profit du siège social (91), (92). Quoiqu'il

(89) Pillet (A.). *Des personnes morales en droit international privé*, Paris, Sirey, 1914, p. 154, n° 93. Il s'agissait d'un arrêt de la Chambre civile du 31 mai 1848, Enregistrement c. héritiers Taphinon, *Sirey*, 1848.1.444. La question était de savoir si le legs fait par un Français d'actions d'une société établie en France, mais ayant pour objet l'exploitation d'un chemin de fer situé en Italie, était affranchi du droit proportionnel d'enregistrement. La Cour se prononça pour l'affirmative, en déclarant que les actions, juridiquement, étaient des droits inséparables du pays d'exploitation.

(90) Batiffol (H.). *Traité élémentaire de droit international privé*, 3e éd., Paris, 1959, p. 231, n° 193.

(91) Loussouarn (Y.). *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse, Paris, 1949, n° 59, p. 124. Pour lui, la Cour de Cassation, en fondant son argumentation sur le fait que les actions constituaient juridiquement des droits inséparables du pays d'exploitation, ne statuait pas directement sur la localisation du domicile social.

(92) Trib. civ. Saint-Etienne et Cass. Civ., 20 juin 1870, Société du débarcadère de Cadix, S. 1870.1.373.

en soit, le critère du centre d'exploitation semblait alors prépondérant en dépit de l'avis contraire de la Cour de Cassation. Il fut encore consacré à plusieurs reprises, par le Tribunal civil de la Seine le 2 mars 1880 (93) et par le Tribunal de commerce du même département, quoique de façon moins explicite, le 10 février 1881 (94). Entre temps, la Cour de Douai, dans un arrêt du 3 août 1882, avait décidé en sa faveur également (95).

En ce qui concerne la doctrine, d'éminents auteurs se sont prononcé en ce sens ; Weiss, par exemple, dans son traité (96), et surtout Lyon-Caen et Renault, qui déclarent : « Il semble naturel de penser que le législateur a fait ses lois pour les sociétés qui fonctionnent dans le territoire sur lequel il exerce son pouvoir » (97). Cependant, ces auteurs, s'ils ont la notoriété, sont peu nombreux. Quant à la jurisprudence, elle allait, dès après 1890, consacrer le triomphe du siège social.

En effet, le critère du centre d'exploitation s'est révélé à l'usage inadéquat. Tout d'abord, le centre d'exploitation ne coïncide pas nécessairement avec le centre des intérêts de la société. Les techniciens qui y travaillent ne sont que des exécutants. Les ordres viennent d'ailleurs, c'est-à-dire du lieu où se réunissent les éléments directeurs de l'entreprise, qui n'est autre que le siège social.

D'autre part, un centre d'exploitation n'est pas nécessairement unique. Plus la société est importante, plus elle est susceptible de développer son activité dans plusieurs pays. Dans ce cas, la pluralité des centres d'exploitation enlève toute valeur au critère. Enfin, le lieu où s'exerce l'activité de l'entreprise peut varier suivant les moments. Une entreprise de construction de voies ferrées peut construire tantôt dans un pays, tantôt dans un autre. On concevrait mal, comme le fait remarquer Pillet dans son *Traité* (98), que la société change ainsi de nationalité chaque fois que change l'emplacement géographique des travaux qu'elle effectue.

Doublement inadéquat, le critère du centre d'exploitation allait donc être abandonné et, après 1890, seuls quelques arrêts isolés le retiennent encore (99).

---

(93) Trib. civ. Seine, 2 mars 1880, Clunet, 1880, p. 195.

(94) Trib. comm. Seine, 10 février 1881, Clunet, 1881, p. 158.

(95) Cour de Douai, 3 août 1882, Clunet, 1882, p. 413.

(96) Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. II, 2e éd., 1908, p. 480.

(97) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 3e éd., t. II, 2, 1929, n° 1167, p. 1027. Parmi les auteurs favorables au centre d'exploitation, on peut citer aussi Chavegrin, note au *Sirey*, 1888.2.89.

(98) Pillet, *Traité de droit international privé*, t. II, 1923, n° 736.

(99) Trib. corr. de la Seine, 2 mars 1905 (*R.D.I.P.* 1905, p. 530), confirmé par la Cour d'appel de Paris le 2 mars 1906 (*R.D.I.P.* 1906, p. 764). Même dans ce cas, l'arrêt laissait les fondateurs libres d'opter entre le siège social et le centre d'exploitation.

2° *La victoire du siège social.*

Dès 1857 on peut recenser quelques arrêts se prononçant en faveur du siège social (100). Mais, à partir de 1890, les arrêts sont unanimes et le mouvement s'étend à la jurisprudence étrangère, celle de l'Europe continentale, qui allait dès cette époque, elle aussi, adopter le siège social (101).

Les tribunaux français ont retenu le principe de la compétence du siège social pour apprécier la personnalité morale de la société (102), pour les questions relatives à sa constitution et à son fonctionnement (103), ainsi qu'à sa dissolution, sa liquidation et son partage (104). Dans tous ces cas, est compétente la loi du siège social.

La position de la jurisprudence belge est analogue. Le 23 juillet 1891, la Cour d'appel de Liège décida que le juge belge devait apprécier d'après la loi française les conséquences de la nullité d'une société constituée en France (105). Le même principe devait être réaffirmé en 1905 par le Tribunal civil de Bruxelles (106).

En Allemagne, le 20 novembre 1903, le tribunal régional supérieur de Hambourg déclara que la personnalité juridique des sociétés commerciales étrangères devait être appréciée d'après la loi qui régit le lieu de leur siège social (107).

---

(100) Cour de Bordeaux, 11 août 1857, D. 1858.2.60 ; Civ., 20 juin 1870 précit. ; Req. 14 fév. 1872, S. 1872.1.321 ; Req. 16 juin 1885, S. 1885.1.251 ; Lyon, 7 janv. 1881, S. 1881.2.25 ; Chambéry, 25 mai 1883, *Clunet* 1884, p. 192 ; Paris, 26 juillet 1886, *Clunet* 1888, p. 668.

(101) Cf. Loussouarn, *op. cit.*, p. 126, n° 61 : « ...rarement pareille unanimité a pu être enregistrée tant dans la jurisprudence française que dans la jurisprudence étrangère ».

(102) Douai, 1er déc. 1880, *Clunet* 1882, p. 317 ; Cass. 12 juin 1893, *Clunet* 1893, p. 1204.

(103) Cass. Req. 14 fév. 1872, S. 1872.1.321 ; Lyon, 7 janv. 1881, S. 1881.2.25 ; Chambéry, 25 mai 1883, *Clunet* 1884, p. 192 ; Cass. Req. 16 juin 1885, S. 1885.1.251 ; Trib. corr. Seine, 20 nov. 1888, *Clunet* 1888, p. 818 ; Trib. comm. Seine, 14 mars 1888, *Clunet* 1889, p. 669 ; Nancy, 28 oct. 1890, *Clunet* 1891, p. 237 ; Trib. civ. Seine, 8 fév. 1892, *J. soc.* 1892, p. 241 ; Paris, 4 août 1893, *J. Soc.*, 1893, p. 484 ; Trib. civ. Seine, 10 août 1893, *Clunet* 1894, p. 558 ; Trib. comm. Seine, 28 mai 1896, *Clunet* 1896, p. 874 ; Trib. comm. Perpignan, 23 déc. 1913, *Clunet* 1917, p. 1066 ; Paris, 13 juin 1928, *Clunet* 1929, p. 119, etc...

(104) Chambéry, 1er déc. 1866, S. 1867.2.182 ; Paris, 23 janv. 1889, *R. Soc.* 1889, p. 193 ; Cass. civ. 11 juillet 1928, *Clunet* 1931, p. 389, et S. 1930.1.217, note Niboyet.

(105) Cour d'appel de Liège, 23 juillet 1891, *Clunet* 1893, p. 1243.

(106) Tribunal civil de Bruxelles, 1er mars 1905, *Clunet* 1905, p. 1090. V. aussi Cass. Belge 12 avril 1888 (Pasycrisie 1886.1.186).

(107) Tribunal régional supérieur de Hambourg, 20 nov. 1903, *Clunet* 1905, p. 1058.

Aux Pays-Bas, même position de la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 juin 1904 (108).

Cette unanimité s'explique parfaitement par tous les avantages que présente le critère du siège social. Contrairement au centre d'exploitation, il est unique et stable : même si la société ouvre des chantiers ou des comptoirs dans plusieurs pays simultanément ou successivement, sa direction ne changera pas. C'est au siège social que sont prises les décisions. Enfin et surtout, ce critère permet à la société d'avoir un statut cohérent, puisqu'elle est ainsi placée sous l'empire d'une loi unique. Comme le fait remarquer le Doyen Loussouarn, « il est... tout aussi nécessaire de conférer à la société un statut légal unique et homogène dans les relations internationales que d'attribuer à la concentration d'intérêts qu'elle recouvre une unité juridique dans les rapports internes. Cette unité de statut est un auxiliaire précieux du commerce international, car elle facilite l'extension des sociétés en leur permettant d'étendre leur activité au point de vue territorial sans être obligées de modifier leur statut juridique » (109). Cette même unité de statut rend possible, ainsi que le note M. J. Donnedieu de Vabres, de « vastes concentrations internationales d'intérêts et de capitaux » (110).

Mais, une fois l'unanimité faite sur le principe du siège social, il fut beaucoup moins aisé de s'entendre sur ce que devait recouvrir ce concept. De nos jours encore, les législations sont plus ou moins sévères quant au contenu de cette notion. Nous essaierons de regrouper les éléments de définition pour voir quels doivent être, en général, les caractères du siège social.

§ 2 : *Les caractères que doit présenter le siège social*

Le principe de l'application, pour la détermination de la nationalité des sociétés, de la loi du lieu où est le siège social peut être considéré comme une extension, selon l'opinion de M. Travers (111), de la conception anglo-saxonne qui fait de la loi du domicile la loi d'état et de capacité de l'individu. Le domicile apparaît ainsi comme la cause de la nationalité. Le même auteur (112) fait remarquer l'analogie de ce point de vue avec la loi pontificale du 7 juin 1929 (113), aux termes de laquelle « sont citoyens de la Cité du Vatican... ceux qui résident, d'une manière permanente, dans la

---

(108) Cour suprême des Pays-Bas, 24 juin 1904, *Clunet* 1908, p. 921.

(109) Loussouarn, *op. cit.*, p. 128, n° 61.

(110) Donnedieu de Vabres (J.). *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*, thèse, Paris, 1937, p. 333.

(111) Travers (M.), *loc. cit.*, n° 88, p. 63.

(112) *Ibid.*, p. 64.

(113) Loi pontificale sur le droit de cité et de séjour, 7 juin 1929, (*Revue de droit international privé*, 1929, p. 568).

Cité du Vatican, en raison de leur dignité, de leur charge, de leur service ou de leur emploi, quand cette résidence est prescrite par une loi ou un règlement ou même quand elle est autorisée par le Souverain Pontife... »

Mais si l'on est généralement d'accord pour déclarer que la notion de siège social est pratiquement synonyme de celle de domicile, on l'est beaucoup moins dès qu'il s'agit de déterminer les caractères juridiques de ce concept.

Si l'on adopte un système sévère, on décidera que le siège social est situé au lieu du principal établissement de la société. Dans ces conditions, c'est au juge qu'il appartiendra de fixer le lieu, et le principe de l'autonomie de la volonté sera réduit à sa plus simple expression.

Si l'on veut être au contraire libéral, on considérera que le siège social est celui qui a été fixé librement par les fondateurs. Ce système est celui du « domicile élu » (114).

Entre ces deux systèmes, des positions intermédiaires sont possibles, suivant que plus ou moins de liberté est laissée aux fondateurs de la société. Jurisprudence et doctrine ont longtemps hésité.

A l'origine, la jurisprudence adopta le système le plus sévère et considéra le siège social comme le siège du principal établissement. Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 11 août 1857 est très net à cet égard, et déclare :

> « Attendu que le domicile réel d'un citoyen n'est point arbitraire, il est nécessairement au lieu où il a son principal établissement... Attendu que cette règle qui découle des articles 102, 104 et 107 Code Nap. s'applique *a fortiori* aux maisons et sociétés de commerce, qu'on ne saurait concevoir leur domicile ailleurs que là où est le siège de leur commerce ou de leur industrie, le centre de leurs relations avec le public » (115).

Cependant, l'analogie établie entre le domicile des sociétés et celui des personnes physiques ne resta pas longtemps aussi nette. L'expression « principal établissement » est progressivement supplantée par les expressions « cerveau de la société », « lieu où se trouvent concentrées son activité et sa vie juridique, où fonctionnent ses services essentiels » (116).

Toutefois, la localisation de cette « activité », de ces « services essentiels », peut poser des problèmes. Il n'y aura pas de difficulté

---

(114) V. Cours de SAVATIER (R.), *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1947, p. 37, n° 50.

(115) Cour Bordeaux, Chemin de fer du Midi c. Lartigue, 11 août 1857, D. 1858.2.60.

(116) Montpellier, 3 mai 1926, S. 1926.2.75, D. H. 1926, p. 398, *Gaz. Pal.* 1926.2.153.

si les assemblées générales d'actionnaires, le conseil d'administration, les bureaux, sont réunis au même endroit (117). Si ces éléments sont dispersés, la question devient beaucoup plus compliquée et, à cet égard, on ne peut dégager de la pratique une règle fixe. Certains arrêts choisissent comme siège social le lieu où se réunit le conseil d'administration (118), d'autres celui où se réunit l'assemblée des actionnaires. C'est en ce sens que la Cour permanente de Justice internationale a interprété le droit allemand dans l'affaire des intérêts allemands en Haute-Silésie (119) :

> « Les deux organes de la société, déclare l'arrêt, qui, selon les thèses opposées des parties, entrent en ligne de compte pour le contrôle, sont le conseil de surveillance et l'assemblée des actionnaires. En effet, l'un et l'autre de ces organes peuvent, selon les circonstances, exercer une influence décisive. Toutefois, il convient de tenir compte, en première ligne, des actionnaires, car ce sont eux qui, d'après le droit allemand aussi bien que sous d'autres législations, exercent, réunis en assemblée générale, le pouvoir suprême de la société. C'est de l'assemblée générale, organe constituant, qu'émanent directement les pouvoirs du conseil et directement ou indirectement ceux de la direction. »

D'après M. Travers (120), cette argumentation est décisive, car le conseil d'administration ou le conseil de surveillance ne sont formés que de préposés, alors que la direction véritable appartient au seul mandant, c'est-à-dire à l'assemblée générale. Certains auteurs pensent le contraire (121) : pour eux, c'est le conseil qui exerce la direction effective de la société, et qui gouverne plus que l'assemblée, mais moins que la direction elle-même. En réalité, lorsqu'une telle question se pose, ce sont le plus souvent des circonstances de fait qui interviennent dans la détermination du siège social.

Mais, quoi qu'il en soit de l'élément retenu, une constante se dégage de l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence : le siège social doit être réel et non fictif. Deux facteurs sont pris en considération pour déterminer le caractère réel du siège social : son effectivité et l'absence de fraude à la loi dans l'intention qui a présidé à son choix.

Il faut tout d'abord que le siège social soit effectif : en conséquence, la présence dans un pays donné d'un employé subalterne

---

(117) Trib. corr. Seine 10 fév. 1881, *Clunet* 1881, p. 158 ; Trib. comm. Seine 3 mai 1899, *Clunet* 1900, p. 802 ; Trib. corr. Marseille 31 déc. 1909, *J. Soc.* 1911, p. 456 ; Paris, 10 nov. 1922, S. 1922.2.128.

(118) Cass. civ. 7 juillet 1947, *Rev. crit. dr. internat. priv.*, 1949.78, note Loussouarn ; Seine, 18 févr. 1893, *Gaz. Pal.* 1893.1.238.

(119) Série A, n° 7, 25 mai 1926.

(120) *Loc. cit.*, n° 91, p. 66.

(121) Cf. Batiffol, *op. cit.* n° 194, p. 234, note 12.

seul ou presque dans un local ne peut constituer un siège social. De même, selon l'expression de M. Batiffol, « il ne suffit pas de déclarer le siège social fixé à Londres pour que la société soit étrangère si les affaires sociales sont en fait dirigées à Paris, le « bureau » de Londres se bornant à la réexpédition du courrier » (122), (123).

Mais l'exigence d'effectivité n'est pas tout. Le siège social peut être déclaré nul même si, toute tentative de simulation étant écartée, un siège réel a été établi à l'étranger en vue de frauder la loi française.

Des auteurs tels que Arminjon (124) refusent de souscrire à cette exigence. Pour eux, il n'y a pas à se préoccuper des raisons qui ont déterminé le choix du siège social ; il suffit de considérer ses qualités intrinsèques, objectives. M. Travers défend le même point de vue : « Il y a abus du droit lorsque le droit concédé est détourné de son but social, qu'il est, par exemple, employé pour nuire à un tiers, non pour satisfaire un intérêt individuel ou pour contribuer au bien général. Mais telle n'est pas la situation quand des personnes remplissent effectivement les conditions prescrites par une loi étrangère pour s'en assurer le bénéfice, par exemple, établissent réellement un siège social en Belgique afin que la société soit régie par la loi belge : le but social de la loi belge est respecté, et, seule, cette loi est mise en jeu » (125).

Telle n'est pas l'opinion du Doyen Loussouarn, qui déclare qu'une théorie telle que celle d'Arminjon fait obtenir « un résultat à peu près analogue à celui que l'on obtiendrait en droit civil si les seuls actes frauduleux que l'on frappait d'inopposabilité étaient les contre-lettres et si l'on écartait, par conséquent, toutes les hypothèses dans lesquelles l'action paulienne est applicable. C'est pourquoi cette théorie, déclare encore l'auteur, ne nous semble pas satisfaisante, car les résultats pratiques auxquels elle conduit nous semblent insuffisants. Toutefois, il faut reconnaître qu'elle procède d'une logique juridique imperturbable : en effet, si le domicile est attributif de la loi applicable, il doit être seul pris en considération

---

(122) *Ibid.*, n° 194, p. 233.

(123) Req. 22 déc. 1896, D. 1897.1.159 ; Trib. comm. Seine, 23 oct. 1908 et Paris, 23 mars 1909, S. 1909.2.183 ; Trib. corr. Marseille, 31 déc. 1909, *J. Soc.* 1911, p. 456. Seul M. Percerou, dans une note sous un jugement du tribunal civil de Lille du 21 mai 1908 (D. 1910.2.41), pense qu'un simple domicile élu, même s'il ne correspond pas au domicile juridique de la société, même s'il n'est pas réel, peut être pris en considération, pourvu qu'il ne soit pas inspiré par des motifs de fraude.

(124) Arminjon, « De la nationalité des personnes morales », *R.D.I. L.C.*, 1902, pp. 381 et s.

(125) *Loc. cit.*, p. 71, n° 102.

et l'on doit rejeter tous les éléments d'appréciation qui lui sont étrangers » (126), (127).

La jurisprudence s'est néanmoins ralliée à l'exigence la plus sévère : pour que le siège social puisse être déclaré valable, il faut qu'il soit non seulement réel et effectif, mais aussi non frauduleux, et que sa fixation réponde à un intérêt sérieux. Pour apprécier cet intérêt sérieux, la jurisprudence se fonde cette fois non plus seulement sur les qualités intrinsèques du siège social, mais sur tous les éléments qui peuvent relier la société aux divers Etats, y compris les éléments secondaires. C'est ainsi que certains arrêts se fondent

---

(126) Loussouarn, *op. cit.*, n° 64, p. 133.

(127) On peut également soutenir, comme l'a fait Niboyet, que l'hypothèse envisagée ne présente pas les caractéristiques de celles dans lesquelles on fait jouer habituellement l'exception de fraude à la loi. Pour qu'il y ait fraude à la loi, démontre cet auteur, il faut quatre conditions : modification effective des règles de compétence internationale, machinations en vue d'un résultat illicite avec intention coupable, utilisation de moyens licites et absence d'un autre remède permettant d'atteindre le but coupable. Or, en matière de sociétés, remarque-t-il, si les deux premières conditions de mise en œuvre de l'exception de fraude à la loi sont remplies, la fixation du siège social en dehors du pays dans lequel il devrait normalement être situé entraînant une modification effective de la compétence internationale, et dénonçant ainsi l'intention frauduleuse, la troisième condition en revanche fait défaut : si, en effet, les fondateurs établissent à l'étranger un siège purement nominal pour profiter des avantages de cette loi étrangère, alors que le siège social réel est en France, ce n'est pas là une fraude à la loi par utilisation d'un moyen licite, mais bien par utilisation d'un moyen illicite, puisque contrevenant aux règles impératives qui régissent la constitution d'un siège social : ce moyen entrainera à la fois la nullité de la société et des sanctions contre les administrateurs. Il serait inutile, dans ces conditions, de faire appel à l'exception de fraude à la loi, puisque la simple simulation aboutit à des sanctions. (*Traité*, III, pp. 630-631 et 645).

Cette opinion contient une grande part de vérité, mais l'exception de fraude à la loi reste en tout état de cause utile. Car, ainsi que le fait remarquer Loussouarn (*op. cit.*, n° 65, pp. 134 et 135) : « ...la jurisprudence superpose à l'exigence d'un siège social réel celle d'un siège social sérieux, le caractère sérieux s'appréciant non pas en fonction des qualités intrinsèques du siège social, mais en fonction des autres éléments de rattachement qui unissent la société à l'Etat. Dès lors, si l'on se trouve en présence d'un siège social réel, ne présentant en lui-même aucun vice, parce que le conseil d'administration et les assemblées générales s'y réunissent en fait, mais situé cependant en dehors du territoire de l'Etat avec lequel la société présente une attache sérieuse, on ne peut parler de simulation. Le seul moyen technique de sanctionner la fraude est alors l'exception de fraude à la loi... Son domaine sera, certes, des plus restreints, mais elle pourra s'avérer utile pour sanctionner les manifestations les plus subtiles et, partant, les plus dangereuses de la fraude, c'est-à-dire les situations dans lesquelles le siège social, bien que réel, n'est pas sérieux ». Pour une analyse de cette question, v. aussi Loussouarn, « La condition des personnes morales en droit international privé », *Rec. Cours*, 1959, I, p. 447, et notamment pp. 478 à 480.

sur le lieu de constitution si c'est là que la société traite ses affaires (128) ; sur le lieu où elle négocie ses titres (129) ; sur la nationalité des associés (130). Si la société est susceptible de posséder une attache sérieuse avec plusieurs pays, la jurisprudence permet aux fondateurs de choisir entre ces pays. Ainsi, assiste-t-on à une sorte de renaissance du principe de l'autonomie de la volonté, renaissance justifiée par l'exigence de souplesse qui est celle du commerce international.

---

(128) Req. 22 déc. 1896, D. 1897.1.159 ; Trib. comm. Seine 3 mai 1899, *Clunet* 1900, p. 802 ; Trib. comm. Nancy 18 fév. 1907, *Clunet* 1907, p. 765 ; Trib. civ. Lille 21 mai 1908, S. 1908.2.177, note Demogue, et D. 1910.2.41, note Percerou ; Trib. comm. Seine 26 mai 1909, *Clunet* 1910, p. 195 ; Trib. correct. Seine, D. 1912.2.165 ; Paris, 10 nov. 1922, S. 1922.2.128 ; Rennes, 26 juill. 1926, *Clunet* 1927, p. 659 ; Paris, 4 fév. 1935, *R.D.I.P.* 1935, p. 816.

(129) Trib. correct. Seine 10 fév. 1881, *Clunet* 1881, p. 158 ; Trib. comm. Seine 23 oct. 1908 et Paris, 23 mars 1909, S. 1909.2.183 ; Trib. comm. Seine 29 juin 1910, *Journal des tribunaux de comm.*, 1911, p. 217 ; Angers, 23 juin 1913, Gaz. Pal. 1913.2.113, *Rev. des Soc.*, 1914, p. 9.

(130) Trib. correct. Seine 2 mars 1905, *R.D.I.P.* 1905, p. 530 ; Trib. comm. Nancy 18 février 1907, *Clunet* 1907, p. 765 ; Trib. comm. Seine, 26 mai 1909, *Clunet* 1909, p. 195 ; Trib. correct. Marseille 31 déc. 1909, *Journal des Soc.*, 1911, p. 456.

Chapitre II

Le contrôle

La notion de contrôle naquit en 1914 à l'occasion des problèmes posés par la guerre. Les pays anglo-saxons avec le critère de l'enregistrement, l'Europe continentale avec le siège social, semblaient satisfaits de leurs systèmes respectifs, quand la première guerre mondiale fit apparaître l'insuffisance de ces critères dès qu'il s'est agi de déterminer, par delà la forme juridique de la société, son caractère ennemi de fait. Nous nous en sommes déjà rendu compte, un système tel que celui de l'enregistrement laisse l'entière possibilité aux fondateurs d'une société de donner à celle-ci la nationalité anglaise, même si les intérêts qu'elle représente sont, en réalité, ceux d'un autre pays (131). Le système du siège social, malgré la part moins belle qu'il fait à l'autonomie de la volonté, présente, bien qu'à un degré moindre, la même sorte d'inconvénient.

Ces insuffisances graves sont apparues en pleine lumière en 1914, lorsqu'on refusa certains droits à des sociétés ennemies ou qu'on les frappa de mise sous séquestre. Le système de nationalité fondé sur les critères traditionnels conduisait à des situations intolérables dans le cas où des sociétés contrôlées par des ennemis mais ayant leur siège social en France, par exemple, étaient considérées comme françaises et pouvaient ainsi échapper aux mesures de rigueur. Il suffisait de la sorte à des ennemis de se dissimuler derrière le voile d'une société juridiquement française pour œuvrer en toute tranquillité.

Devant ces conséquences inacceptables, législation et jurisprudence mirent sur pied un nouveau système visant à déterminer, par delà l'apparence juridique, la réalité économique, psychologique et sociale. Telle est l'origine du contrôle.

Qu'en est-il exactement de cette théorie ? Qu'en est-il advenu par la suite ? Pourquoi suscita-t-elle des controverses ? Que pouvons-nous en penser ?

Section I

Naissance de la théorie du contrôle

La première manifestation de cette théorie doit être trouvée, semble-t-il, en Grande-Bretagne, dans la proclamation du 5 août

(131) V. l'aff. de l'Orinoco Steamship Company, précit.

1914 (132), aux termes de laquelle toutes relations économiques étaient interdites entre les personnes résidant, faisant affaire ou se trouvant dans les possessions de la Couronne et les personnes résidant, exerçant un commerce ou se trouvant dans l'empire d'Allemagne. L'expression personne comprenait « tout groupe de personnes constituées en corporation ou non ».

Cette proclamation fut révoquée par une proclamation nouvelle, le 9 septembre 1914 (133), qui s'appliquait cette fois non plus seulement à l'Allemagne, mais aussi à l'empire austro-hongrois, et qui définissait le mot ennemi : étaient ennemies « toutes personnes ou associations de personnes d'une nationalité quelconque résidant ou faisant affaire en pays ennemi, mais non pas les personnes d'une nationalité ennemie qui ne résident ni ne font affaire en pays ennemi. Dans le cas de corps constitués en corporations, le caractère d'ennemi ne s'attache qu'à ceux de ces corps qui sont constitués en corporations en pays ennemi » (134).

Jusque-là, néanmoins, le droit anglais restait attaché à ses traditions. Une société constituée en pays ennemi, fût-elle composée d'Anglais, restait ennemie, et vice-versa.

Avec le Trading with the Enemy Act du 18 septembre 1914 (135), un pas de plus est franchi. En effet, l'article 2, § 2, donne le droit au Ministère du Commerce (Board of Trade) d'autoriser une personne nommée par lui à inspecter les documents appartenant à une société dans laquelle « un tiers ou plus du capital-actions d'un directeur ou des directeurs de la société était immédiatement avant le début de la guerre actuelle, ou est en tous temps depuis, détenu par, ou au compte de, ou représenté par, des personnes sujets d'un Etat présentement en guerre avec Sa Majesté ».

Malgré cette évolution, la jurisprudence, jusqu'en 1915, resta fidèle au principe suivant lequel une personne morale est entièrement indépendante des individus qui la composent (136). Mais à cette époque une affaire retentissante vint bouleverser ces principes,

---

(132) *Bulletin mensuel de la société de législation comparée*, 1914-1915, p. 107.

(133) *Bulletin mensuel de la soc. de législ. comp.*, 1914-1915, p. 113.

(134) Pour une étude particulièrement fouillée de la question du caractère ennemi, v. Dominicé (Chr.), *La notion du caractère ennemi des biens privés dans la guerre sur terre*, thèse, Genève, 1961.

(135) Dominicé, *op. cit.*, pp. 52-56 ; v. aussi Norem, « Determination of Enemy Character of corporations », *A.J.I.L.* 1930, p. 310.

(136) V. en particulier l'aff. Salomon c. Salomon and C° : « The company is at law a different person altogether from the subscribers to the memorandum » (1897, A.C. 22). Sur cette question, v. aussi MacNair, « The national character and status of corporations », *B.Y.I.L.* 1923-1924, p. 44.

l'affaire de la Continental Tyre and Rubber Company Ltd c. Daimler Company Ltd (137).

La Continental Tyre and Rubber Company était une société à responsabilitée limitée, incorporée en vertu de la loi anglaise pour vendre en Grande-Bretagne des pneumatiques fabriqués en Allemagne par la société mère. La société allemande détenait à peu près 24 000 actions de la société anglaise ; le reste était aux mains de sujets allemands, sauf une seule action qui appartenait au secrétaire de la société, né en Allemagne, mais résidant à Londres, et naturalisé anglais en janvier 1910. Quel était le caractère de cette société ? Etait-elle anglaise ou non ? La Cour d'appel de Londres, le 19 janvier 1915, décida pour l'affirmative. Appelée à statuer sur la recevabilité d'une action intentée par cette société, elle avait refusé de prendre en considération le fait que le centre d'exploitation était en pays ennemi et que le capital était en mains ennemies. Elle décida que l'incorporation en Angleterre emportait la nationalité anglaise.

Mais la décision de la Cour d'appel fut réformée le 30 juin 1916 par la Chambre des Lords qui, sur un point, fut unanime : l'insuffisance des pouvoirs que détenait le secrétaire de la société, son unique représentant anglais, pour engager une action en son nom. Surtout, il lui était impossible de recevoir des directeurs de la société des instructions lui permettant d'agir sans contrevenir à l'interdiction du commerce avec l'ennemi. Mais les Lords sont allés plus loin dans l'analyse : ils ont résolu la question de principe, à savoir qu'une société, malgré son incorporation sous les lois de la Grande-Bretagne, peut être considérée comme ennemie.

L'argumentation de Lord Parker et de Lord Summer rappelait qu'une société a sans aucun doute une personnalité distincte de celle de ses membres, le caractère des membres pouvant néanmoins exercer une influence sur celui de la société. Charles de Visscher résume de façon particulièrement vigoureuse et frappante cette argumentation (138) : « Une personne physique, sujet anglais, est entachée du caractère ennemi par le seul fait d'une résidence volontaire en pays ennemi. Comment admettre qu'une personne morale puisse à cet égard se trouver dans une situation meilleure, et qu'une fois incorporée selon les lois anglaises, elle se trouve à tout jamais à l'abri des conséquences attachées à la résidence ou au domicile commercial, critères véritables du caractère ennemi ? Cette antinomie choquante disparaît si l'on tient compte d'une notion assez

(137) 1916, 2 A.C. 307, et *R.D.I.P.* 1916, p. 260.

(138) Ch. de Visscher, « La nationalité et le caractère ennemi des sociétés commerciales d'après la jurisprudence des Cours anglaises », *R.D.I.P.*, 1917, p. 507.

peu familière au juriste, mais qui joue un rôle capital dans l'organisation de toute entreprise commerciale ou financière, la notion du contrôle. Bien que le caractère ennemi des actionnaires ne puisse par lui-même affecter celui de la société, il doit néanmoins être pris en considération pour décider du point de savoir si les personnes qui agissent au nom de la société et qui en dirigent l'activité reçoivent leurs inspirations de l'ennemi ou acceptent son contrôle. On ne saurait établir entre la personne de la société et les individus qui la dirigent une cloison étanche qui placerait complètement ces derniers en dehors du champ de vision de la loi. Les actes accomplis dans les limites de leurs attributions par ceux qui sont les organes de la société, c'est-à-dire par ses directeurs, administrateurs ou gérants, doivent, en droit, être tenus pour les actes de la société elle-même. Quand donc ces personnes qui dirigent en Angleterre les affaires de la société se trouvent placées en fait sous l'autorité d'autres personnes qui résident en pays ennemi ou qui en reçoivent leurs instructions, leurs actes peuvent imprimer à la société elle-même le caractère ennemi. Ainsi le fait qu'après déduction des actionnaires ennemis le nombre des actionnaires restants est insuffisant pour la réunion régulière des assemblées autorise à présumer tout au moins l'existence d'un contrôle ennemi. La société ne pourrait se soustraire à cette présomption qu'en établissant la complète indépendance de sa direction à l'égard de toute influence hostile. »

Bien que le critère traditionnel de la résidence reste encore déterminant, on admet cependant que d'autres éléments peuvent entrer en ligne de compte, parmi lesquels la résidence des personnes qui détiennent le contrôle, ainsi que leur attitude et leur activité (139). Mais l'élément essentiel, celui qui fut précisé par la jurisprudence et fit par la suite l'objet d'une application régulière, est la répartition du capital social : le caractère ennemi d'un actionnaire pris individuellement n'est pas déterminant ; ce qui est décisif, c'est le fait qu'une portion importante de ce capital soit en mains ennemies (140), (141).

En France, on assiste à une évolution analogue. Un décret du 27 septembre 1914 édicta l'interdiction du commerce avec l'ennemi.

---

(139) « Such a company », dit le jugement, « may assume an enemy character. This will be the case if its agents or the persons in de facto control of its affairs, whether authorized or not, are resident in an enemy country, or, wherever resident, are adhering to the enemy or taking instructions from or acting under the control of enemies. A person knowingly dealing with the company in such a case is trading with the enemy » ([1916] 2 A.C. 340).

(140) Quatrième principe de Lord Parker (1916, 2. A.C. 345).

(141) Sur tous ces points, v. le jugement de Lord Parker, réf. cit. V. aussi Dominicé, *op. cit.*, p. 57 et Pepy, *De la nationalité des sociétés de commerce*, thèse, Paris, 1920, pp. 187 à 190.

L'article premier de ce décret établissait le principe du séquestre des biens appartenant à des sociétés dotées de la personnalité juridique. Mais ce séquestre était à l'origine déterminé par le jeu des critères traditionnels régissant la nationalité des sociétés, c'est-à-dire, en France, par le siège social. Or, ce critère devait se révéler inadapté au but visé par les prescriptions du décret. En effet, un grand nombre des sociétés commerciales qui fonctionnaient en France avaient été constituées d'après la loi française et avaient leur siège social en France. Elles étaient donc françaises sous tous les rapports d'après les critères traditionnels. Pourtant, certaines de ces sociétés étaient dirigées par des administrateurs appartenant aux puissances ennemies. Leurs capitaux étaient de provenance allemande, autrichienne, hongroise. Leur activité s'exerçait donc au profit de sujets ennemis. Mais, avec le critère du siège social, ces sociétés pouvaient continuer leur exploitation.

Certains arrêts restèrent fidèles aux principes anciens et s'en tinrent à la théorie jusqu'alors admise (142). Mais une nouvelle tendance, comparable à celle qui se manifestait en Angleterre, se précisa. Son point de départ est, semble-t-il, dans une ordonnance du président du Tribunal civil du Havre, en date du 2 octobre 1914 : « Attendu que nous estimons qu'il est dans l'intérêt de la défense nationale de saisir-arrêter toutes les marchandises de quelque nature qu'elles soient appartenant à la maison N et C^ie^ qui, jusqu'à preuve du contraire, paraît avoir été constituée uniquement avec des capitaux allemands, qu'il est de notoriété publique que cette maison est administrée exclusivement par des capitalistes de cette nationalité... » (143). L'ordonnance, certes (144), ne tranche pas la question de la nationalité, mais les considérations dont elle s'inspire sont celles qui ont amené l'évolution jurisprudentielle.

La pièce maîtresse du nouveau système, celle qui eut autant de retentissement que l'arrêt Daimler en Grande-Bretagne, fut la circulaire du Garde des Sceaux du 29 février 1916, qui établit une assimilation entre les sociétés de nationalité ennemie et les sociétés dont direction et capitaux étaient, en totalité ou en partie, aux mains de ressortissants ennemis. « Il ne saurait être fait état à l'égard des sociétés de leur nationalité d'apparence. Les formes juridiques dont la société est revêtue, le lieu de son principal établissement, tous les indices auxquels s'attache le droit privé pour déterminer la nationalité d'une société sont inopérants alors qu'il s'agit de fixer, au point de vue du droit public, le caractère réel

(142) Cour de Rouen, 19 janv. 1916, « Campania Krische » ; *R.D.I.P.* 1916, p. 251. Cour de Rouen, 3 nov. 1915, Société Etablissements Union c. Pollack et Muller, *R.D.I.P.*, 1916, p. 247.

(143) Cité par PEPY, *op. cit.*, p. 158, note 1.

(144) *Ibid.*, in fine.

de cette société. Elle doit être assimilée aux sujets de nationalité ennemie dès que notoirement sa direction ou ses capitaux sont en totalité ou en majeure partie entre les mains de sujets ennemis, car en pareil cas, derrière la fiction de droit privé, se dissimule, vivante et agissante, la personnalité ennemie elle-même » (145).

L'Allemagne, les Etats-Unis, la Belgique, firent suivre à leur législation la même évolution (146). On assiste donc, au début de la première guerre mondiale, à une sorte de révolution dans le domaine de la détermination de la nationalité des sociétés. Un nouveau principe est posé : celui du contrôle. Qu'allait-il en advenir par la suite ?

Section II

Apogée et décadence de la théorie du contrôle

Tant que dura la guerre, les tribunaux firent une large application du nouveau système. Ce fut le cas de la jurisprudence anglaise (147), dont deux décisions remarquables méritent d'être plus spécialement analysées. Ce sont des jugements rendus par les Tribunaux des prises.

Il s'agissait, dans la première affaire, de deux navires qui, jusqu'à la fin de juillet 1914, avait appartenu à une compagnie allemande. Le 1er août, ils avaient été cédés à une société anglaise, The Sugar Fodder Company Limited, ce qui n'empêcha pas les deux navires d'être confisqués. La société protesta contre cette confiscation. Suivant les critères anglais traditionnels, elle était bien anglaise, puisqu'elle avait été enregistrée en Angleterre et y avait son domicile. Sa réclamation ne fut pourtant pas admise. A l'appui de la sentence, le Tribunal invoqua le fait que les actions de la société anglaise étaient en majeure partie aux mains de la compagnie allemande propriétaire primitive des navires saisis, et que la cession d'un navire allemand à une société anglaise composée de sujets allemands ne pouvait enlever à ce navire son caractère ennemi (148).

La seconde affaire présentait des caractères analogues. La société propriétaire du navire avait été enregistrée en Angleterre, elle y avait également son siège social. Le navire avait son port d'attache

---

(145) *Journal Officiel*, 2 mars 1916.

(146) V. par exemple, aux Etats-Unis, le Trading with the Enemy act du 6 octobre 1917.

(147) V. the Hamborn (1919), A.C. 993 ; The Vesta (1920), p. 385 ; In re Badische Co. (1921) 2 Ch. 331. La composition du capital et sa répartition furent chaque fois soumises à un examen attentif, la majorité allemande étant décisive pour l'attribution du caractère ennemi.

(148) Admiralty Court Prize division, 15 oct. 1914, Sailing-Vessel *Tommy* et Sailing-Vessel *Pothersand*, *Clunet* 1915, p. 437.

en Angleterre, la majorité des actionnaires étaient Anglais. Mais la plus grande partie des actions était aux mains de sujets allemands, et le président de la société était un Allemand, Anglais par naturalisation, mais qui vivait depuis le début de la guerre à Hambourg sans être inquiété par les Allemands. Le tribunal considéra que le navire était allemand, qu'il avait usurpé la nationalité britannique, que la société à laquelle il appartenait était allemande, puisque dirigée par un Allemand résidant en Allemagne, et aux mains d'actionnaires allemands. « Pour déterminer le véritable caractère d'une société, disait l'un des juges, la Cour doit rechercher de quel pays provient l'impulsion donnée à l'entreprise » (149).

En France, le ton donné par la circulaire du Garde des Sceaux fut suivi par les tribunaux et la Cour de Cassation. Nous citerons les deux décisions les plus importantes, toutes deux de la Cour de Cassation.

La première, antérieure à la circulaire, est un arrêt du 20 juillet 1915, dans lequel la Cour déclare :

> « Sont souveraines les constatations et appréciations d'une Cour d'appel qui, pour maintenir la mise sous séquestre d'une société comme étant de nationalité ennemie, déclare en premier lieu que, bien qu'elle ait été fondée en France où elle a son siège social, conformément aux prescriptions de la loi française, cette société, dont le capital appartient presque en totalité (1950 actions sur 2000) à des souscripteurs ou porteurs de nationalité allemande, et dont les directeurs allemands et les membres allemands du Conseil d'administration ont donné leur démission le 1er août 1914, à la veille de la guerre, n'était rien autre chose qu'une personne interposée sous le couvert de laquelle une entreprise commerciale et industrielle faisait le commerce en France » (150).

La même Cour de Cassation jugeait, le 27 mai 1921, qu'une société était allemande, bien que les gérants fussent Français, parce qu'il résultait des faits que l'affaire française n'était qu'une émanation d'une entreprise allemande (151).

---

(149) High Court of Justice, Admiralty Division (Prize Court), 28 mars 1916, *The Polzeath*, *Clunet* 1917, p. 285.

(150) Cass. Req., 20 juillet 1915, S. 1916.1.148, et *R.D.I.P.* 1916, p. 244. Cf. également un jugement du Tribunal régional de Metz, 1er avril 1920 : « Pour déterminer la nationalité d'une société anonyme, au point de vue de sa mise sous séquestre ou de sa liquidation possible, déclare l'arrêt, c'est, en dépit de toutes les apparences fictives, la réalité des choses qu'il faut considérer, sans s'attacher exclusivement au lieu de la fondation du siège social. »

(151) Cass. Req., 27 mai 1921, *Gazette du Palais*, 1921.2.206, *Clunet* 1923, p. 322.

Enfin, les Traités de paix ont accueilli et consacré la théorie du contrôle à propos de la liquidation des biens situés dans les pays alliés et appartenant à des sociétés « contrôlées » par l'ennemi, le Traité de Versailles dans son article 297 b, le Traité de Saint-Germain dans son article 249, le Traité de Trianon dans son article 232. L'article 297 b du Traité de Versailles s'exprime ainsi :

> « Sous réserve des dispositions contraires qui pourraient résulter du présent traité, les puissances alliées ou associées se réservent le droit de retenir et de liquider tous les biens, droits et intérêts appartenant, à la date de mise en vigueur du présent traité, à des ressortissants allemands ou des sociétés contrôlées par eux sur leur territoire, dans leurs colonies, possessions et pays de protectorat y compris les territoires qui leur ont été cédés en vertu du présent traité. »

Des dispositions analogues furent insérées dans l'article 249 du Traité de Saint-Germain et dans l'article 177 du Traité de Neuilly. Les Tribunaux arbitraux mixtes institués en vertu des dispositions de ces traités de paix ont également accueilli le contrôle. Le 30 septembre 1921, le Tribunal arbitral franco-allemand décidait qu'une société composée en majorité de Français, bien qu'ayant son siège social en Allemagne, était française, pour la raison que le caractère ennemi d'une société ne se détermine pas par son siège social, mais d'après la prédominance des intérêts ennemis dans l'entreprise (152).

Le contrôle, exprimant mieux la réalité, allait-il supplanter les anciens critères ? Contrairement à ce qu'on aurait pu croire, il n'en fut rien, et la jurisprudence, après la fin des hostilités, revint aux systèmes traditionnels.

La considération du siège social réapparaît dans les arrêts des Cours d'appel (153) et de la Cour de Cassation, qui rejettent le système du contrôle fondé sur l'origine des capitaux et la nationalité des dirigeants. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 24 décembre 1928 déclare française, pour le bénéfice de la loi sur les baux commerciaux, la société « la Soie artificielle », dont le siège social est en France, malgré le fait que le capital est détenu par des Britanniques pour la plus grande partie (154). Le 17 juillet

---

(152) T.A.M. franco-all., 30 septembre 1921, *Recueil des décisions des T.A.M.*, I, p. 422 ; v. aussi T.A.M. franco-all., 31 août 1920, *Clunet* 1923, p. 595 ; même T.A.M., 27 oct. 1923, S. 1924.2.25, note Hamel.

(153) Douai, 24 déc. 1923, *Rec. Douai*, 1924.98 ; Montpellier, 3 mai 1926, S. 1926.2.75, *R.D.I.P.* 1927, p. 305 ; Rennes, 26 juillet 1926, *Gazette du Palais*, 1927.1.59 ; Riom, 12 février 1929, *Gaz. Pal.*, 1929. 1.476 ; Paris, 13 mai 1929, *Gaz. Pal.*, 1929.2.271 ; Rouen, 17 juin 1931, *Rec. Rouen*, 1931.1.162 ; Paris, 4 mars 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.224 en ss. note.

(154) Cass. Req. 24 déc. 1928, « la Soie artificielle », S. 1929.1.121, rapport du conseiller Bricout, note Niboyet.

1930, un autre arrêt déclare française une société en nom collectif constituée par des Suisses, mais ayant en France son siège social et son exploitation (155).

Il est à noter cependant que ces arrêts se fondent non seulement sur la considération du siège social, mais aussi sur le fait que l'exploitation est en France. Qui plus est, un arrêt de la même Chambre le 12 mai 1931 fait passer ce second facteur avant le premier : la Cour considère, en effet, comme étrangère au regard de la loi sur les baux commerciaux la société « Remington Typewriter » car son « centre principal d'exploitation » est à l'étranger, en dépit du fait que son siège social est en France (156). Cependant, le 20 janvier 1936 (157) et le 9 janvier 1940 (158), la première fois à propos de la caution *judicatum solvi* et la seconde fois en matière d'adjudication de travaux, la Chambre des Requêtes revient au siège social et au centre des affaires.

Quant à la Chambre civile, elle a plusieurs fois décidé que la nationalité des sociétés est déterminée par « le lieu de leur siège social » (159). Enfin, à la même époque, on constate un retour au système du siège social dans les traités (160), alors que les pays anglo-saxons reviennent au critère de l'enregistrement.

Pendant la seconde guerre mondiale, les mêmes problèmes qu'en 1914 se sont posés et, les mêmes causes produisant les mêmes effets, on assista à un renouveau de la théorie du contrôle. En Grande-Bretagne, un nouveau Trading with the Enemy Act vit le jour le 9 septembre 1939, adoptant expressément la notion du contrôle

---

(155) Cass. Req., 17 juillet 1930, affaire « Graf », D.P. 1930.1.163, note Camerlynck, et S. 1931.1.4, *Clunet* 1931, p. 654, *R.D.I.P.*, 1931, p. 128, note Caleb.

(156) Cass. Req., 12 mai 1931, S. 1932.1.57, rapport du conseiller Bricout, note Niboyet, et D.P. 1933.1.60, note Silz.

(157) Cass. Req., 20 janv. 1936, S. 1936.1.127.

(158) Cass. Req., 9 janv. 1940, S. 1943.1.72.

(159) Cass. Civ. 25 juillet 1933, D.P. 1936.1.125, note Silz, S. 1935.1.41, et *R.D.I.P.* 1934, p. 109, notes Niboyet ; 29 mai 1937, D.P. 1937.1.64, et S. 1937.1.365 ; 29 mai 1938, *Semaine juridique*, 1939.1.284.

(160) Certains traités exigent le double fait pour les sociétés d'avoir le lieu de leur constitution et le siège social dans le même pays. Par exemple, le traité franco-canadien du 12 mai 1933, art. 7, qui vise les sociétés « constituées dans l'un des deux pays, et y ayant leur siège social ». Tel est également le cas des traités signés par la France avec l'Allemagne en août 1927, avec la Grèce le 8 septembre 1926 et le 11 mars 1929, avec le Luxembourg le 31 mai 1930, avec le Siam le 14 février 1925, etc... D'autres traités exigent seulement une constitution valable dans l'un des pays contractants : traités avec l'Autriche du 22 juin 1923, avec la Belgique du 6 octobre 1927, avec les Etats-Unis du 25 juillet 1939, etc... Toutefois, on peut penser (cf. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. II, éd. 1951, n° 779, p. 404) que le siège social est inclus dans la formule « constitution valable ».

et renvoyant quant au contenu de cette notion aux principes développés depuis l'arrêt Daimler. En France, un décret du 1er septembre 1939 a prévu l'utilisation du contrôle, et les décisions des tribunaux qui ont adopté la notion ne l'ont fait qu'en se référant à ce texte (161). Mais, chaque fois que la question posée était indépendante de l'état de guerre, la Cour de Cassation a rejeté le contrôle. Enfin, dès la guerre terminée, en France comme ailleurs, les tribunaux en revinrent, comme après 1918, aux critères traditionnels (162), (163).

Dans ces conditions, on peut dire que le contrôle n'est retenu par les tribunaux que dans les hypothèses exceptionnelles consécutives aux guerres. D'où vient que cette notion, si séduisante au premier abord, n'a jamais supplanté et ne supplantera probablement jamais les anciens critères ?

Section III

La position du problème

Il est certain que la théorie du contrôle présente de nombreux avantages. Sans doute est-il très séduisant, au premier abord, de pouvoir déterminer la nationalité d'une société en tenant compte de tous les éléments de fait qui la relient à un Etat, c'est-à-dire du lieu de constitution, de la nationalité des fondateurs, des actionnaires, des dirigeants, sans risquer de se laisser abuser par les apparences juridiques. Il est non moins séduisant de pouvoir ainsi se conformer à la réalité de la manière la plus précise possible. Malheureusement, la théorie du contrôle a été l'objet de nombreuses critiques.

La première de celles qu'on lui adresse est qu'il est souvent difficile, sinon impossible, de déterminer les éléments de fait sur les-

---

(161) Trib. Seine, 22 novembre 1939, *Gaz. Pal.*, 1939.2.338 ; 3 janvier 1940, *Gaz. Pal.*, 1940.1.78.

(162) Depuis la fin de la guerre, la Cour de Cassation est restée fidèle à la ligne de conduite qu'elle avait toujours suivie. Dans un arrêt du 20 octobre 1953 (*Rev. crit. de dr. internat. priv.* 1954, p. 354, note Batiffol, et *J.C.P.* 1954.II.7898, note Freyria), la section commerciale a résolu le problème de l'application à une société d'un impôt algérien parallèle à l'impôt de solidarité nationale en se référant au seul siège social. Le 21 novembre 1956, un arrêt de la première chambre civile (*Rev. crit. de dr. internat. priv.*, 1957, p. 38, note Loussouarn) s'est référé au contrôle, mais uniquement parce qu'il s'agissait de séquestre.

(163) Le Conseil d'Etat semble également favorable au siège social. V. un arrêt du 20 juin 1953, *Rev. tr. dr. com.* 1953, p. 1012. Dans un arrêt très récent, le 22 février 1960, le Conseil d'Etat a jugé qu'une société dont le capital appartient à un Espagnol dans la proportion de 4.769 actions sur 5.000, mais dont le siège social est en France et qui a été constituée suivant la loi française, est française au regard du droit fiscal (*Rev. crit. de dr. internat. priv.*, 1960, p. 335).

quels fonder la nationalité. « La nationalité des membres du conseil d'administration ne révèle pas de façon nette, écrit M. Travers (164), qui a le contrôle de la société : administrateurs, directeur, etc..., ne sont que des agents d'exécution, des mandataires de l'assemblée générale. Le contrôle, la direction effective, appartiennent à l'assemblée générale. Or, l'inscription au registre du commerce de la nationalité de tous les associés est absolument impossible si les actions sont au porteur, et l'est pratiquement, si celles-ci sont nominatives et nombreuses. »

« Le contrôle... est une notion de pur fait, écrit Paul de Visscher, qui s'analyse en une influence majoritaire, prépondérante ou substantielle exercée par des facteurs qui relèvent à la fois de l'ordre humain, de l'ordre financier et de l'ordre juridique. Une notion aussi complexe est difficilement préhensible par le droit, spécialement lorsqu'il s'agit de fonder sur des facteurs aussi fuyants et aussi mouvant un statut juridique général qui réclame une certaine stabilité » (165).

Cette première critique est-elle vraiment fondée ? On pourrait en douter. L'expérience des guerres, en effet, a démontré de façon parfaitement claire qu'il n'est pas si difficile d'apprécier les éléments de fait, notamment la composition du capital social. En ce qui concerne les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux, il est extrêmement aisé de déterminer qui sont les associés. Dans une commandite simple, le commandité, c'est-à-dire l'associé en nom, peut être étranger, et le contrôle sera alors étranger. En ce qui concerne les sociétés de capitaux, le problème est évidemment plus complexe. Mais, comme l'écrit Niboyet (166) : « Bien qu'il puisse être plus difficile de déceler dans une société de capitaux le contrôle exercé, c'est-à-dire les personnes qui agissent, la jurisprudence de la guerre de 1914 a montré que dans bien des cas c'était assez facile. » En effet, si les titres sont nominatifs, la nationalité des gros associés émergera vite. Si les titres sont au porteur, une enquête permettra de se rendre compte de ceux qui, lors des assemblées, les détiennent.

Mais on a fait au contrôle une autre critique, celle-là plus fondée : c'est que la nationalité de la société, avec ce système, devient variable.

Il est exact, en effet, que les éléments de fait n'ont rien d'immuable : la nationalité des dirigeants, celle des actionnaires, peuvent varier au cours des années. « Il ne faut pas perdre de vue, en effet, écrit le Professeur Batiffol, l'incertitude grave qu'entraîne la notion

(164) *Loc. cit.*, p. 59.

(165) P. de Visscher, « La Protection diplomatique des personnes morales », *cit.* pp. 444-445. Contre la théorie du contrôle, v. aussi Mazeaud (L.), *Clunet* 1928, p. 30.

(166) Niboyet, *Traité précit.*, p. 371.

de contrôle : se ramenant à la nationalité des associés ou des dirigeants, elle ne permet pas aux tiers de savoir facilement à quoi s'en tenir ; plus réaliste, certes, que le siège social, elle diminue corrélativement la prévisibilité. Or, le droit comparé montre qu'en dehors du siège social, le critère qui a été préféré est celui de l'incorporation, c'est-à-dire un rattachement plus formaliste encore et moins réaliste que le siège social. Il ne semble donc pas indiqué d'amoindrir outre mesure la portée de ce dernier critère au profit d'une notion qui nous éloignerait encore plus d'un rapprochement possible avec le monde anglo-saxon dont l'expérience en la matière ne devrait pas être négligée » (167).

« Si le contrôle ne peut être apprécié que par le juge à l'occasion d'un litige déterminé, écrit Paul de Visscher, les sociétés seront dans l'impossibilité de savoir avec certitude quelle sera leur nationalité. Il en ira de même des tiers qui ne disposent d'aucun moyen pour vérifier le caractère et l'intensité du contrôle prépondérant auquel les sociétés sont soumises. Enfin, un tel système ne répond pas au besoin de stabilité de la nationalité, en ce sens que des modifications constantes sont susceptibles de se produire dans les éléments de fait qui constituent le contrôle : nationalité des actionnaires, nationalité des dirigeants, origine des capitaux » (168).

Contrairement à la première critique, celle-ci est parfaitement fondée. On peut conclure, avec le Doyen Loussouarn (169), qu' « une société ayant son siège social en France et y exerçant son activité peut parfaitement s'intégrer à notre économie et lui rendre d'importants services, même si elle est contrôlée par des étrangers ». Dans ces conditions, il est bien plus simple, en effet, de s'en tenir au critère du siège social.

Mais alors qu'en est-il exactement de cette théorie du contrôle ? Nous avons toujours employé l'expression « théorie du contrôle » ou « notion du contrôle », en évitant l'expression « critère du contrôle ». Or, la vraie position du problème est là, à savoir que le contrôle n'est pas et n'a jamais été un nouveau critère de détermination de la nationalité des sociétés, au sens où l'on entend habituellement le terme de « nationalité » lorsqu'on l'applique aux sociétés (170), (171). Lorsque la Chambre des Lords s'est prononcée comme elle l'a fait dans l'affaire Daimler, elle n'a absolument pas tranché un problème de nationalité, mais seulement un problème

---

(167) Batiffol, *op. cit.*, n° 197, p. 239.

(168) Paul de Visscher, *loc. cit.*, p. 445.

(169) Loussouarn, 8e éd. du *Précis de droit international privé* de Lerebours-Pigeonnière, Paris, Dalloz, 1962, p. 290.

(170) Cf. P. de Visscher, *loc. cit.*, p. 438 in fine.

(171) Nous aurons à nuancer cette opinion lorsque, par la suite, nous ferons intervenir la notion d'allégeance politique des sociétés.

relatif à la portée d'une législation touchant le commerce avec l'ennemi, législation qui, en elle-même déjà, dissociait clairement la notion de caractère ennemi de celle de nationalité (172). L'arrêt Daimler ne fait que traiter comme un sujet ennemi, parce qu'elle est placée sous le contrôle de sujets ennemis, une société de nationalité anglaise (173). En 1942, la même Chambre des Lords a rendu un arrêt significatif à cet égard : dans l'affaire « Sovracht », en effet, elle a considéré comme sujet ennemi une société hollandaise qui, en raison de l'occupation des Pays-Bas par l'Allemagne, était tombée sous contrôle ennemi. Et le vicomte Simon, qui parlait au nom de la majorité, a déclaré que la notion d'ennemi était indépendante de celle de nationalité. La notion d'ennemi, dit le vicomte, est « un test objectif qui a trait à la relation entre une puissance ennemie et le territoire où un individu réside volontairement ou sur lequel une société est domiciliée ou soumise à contrôle. Ce n'est pas une question de sentiment patriotique » (174).

Les mêmes remarques valent pour la pratique des autres pays. La théorie du contrôle ne constitue donc pas un nouveau critère. Elle est *un mode de détermination adapté à des fins spéciales*, en particulier à la détermination du caractère ennemi, et c'est ce qui explique sa vogue en période d'hostilités. Mais précisément, n'y a-t-il pas *analogie entre les exigences de la détermination du caractère ennemi et celles qui justifient la protection diplomatique* ? Dans un cas comme dans l'autre, ne s'agit-il pas de franchir le voile des formes juridiques pour atteindre la réalité même de l'entreprise ? Car c'est seulement quand un Etat sait que ce sont vraiment ses ressortissants qui dirigent la société et en retirent un bénéfice qu'il peut accorder à cette société sa protection diplomatique.

Nous touchons là au cœur de notre sujet. Nous avons vu quels sont les principes de la protection diplomatique en matière de nationalité. Nous venons de faire une incursion dans le domaine du droit international privé pour voir comment se détermine la nationalité des sociétés. Il nous faut maintenant examiner les cas concrets pour tenter d'établir de quelle manière, en matière de protection diplomatique des sociétés, la pratique des Etats et la jurisprudence internationale utilisent ces critères. D'ores et déjà nous entrevoyons, dans cette question complexe, plusieurs possibilités, qui

---

(172) Cf. Dominicé, *op. cit.*, p. 58.

(173) Cf. Beckett (W. E.). « Diplomatic claims in respect of injuries to companies », *Transactions of the Grotius Society*, 1932, vol. 17, pp. 175 et s. ; Visscher (Ch. de), « La nationalité et le caractère ennemi... », *précit.*, p. 501.

(174) House of Lords, L.R. [1943], A.C. 203. Green, L.C. : *International law through the cases*, 1951, n° 127, p. 495, et *Annual Digest...*, 1941-42, case n° 165, p. 535.

toutes poseront des problèmes. Ou bien la pratique est totalement confuse, et aucune règle générale ne peut en être tirée. Ou bien les critères retenus sont ceux dégagés par le droit international privé, c'est-à-dire siège social et enregistrement : dans ce cas, la logique juridique sera satisfaite, mais on pourra se demander s'il est bien normal que les tribunaux soient ainsi prisonniers de formes juridiques alors que, en ce domaine, les éléments de fait devraient avoir le pas. Ou bien encore nous découvrirons que les éléments de fait sont effectivement pris en considération et que c'est, en fin de compte, sur le critère du contrôle que se fonde la pratique ; dans ce cas, la raison et la justice, pensera-t-on, y trouveront mieux leur compte ; mais tel ne sera pas le cas de la logique juridique, qui pourra être choquée que, en dépit des règles formulées par le droit international privé et le droit international public, la notion de nationalité se révèle si curieusement souple quand il s'agit de protection diplomatique des sociétés. C'est alors que nous aurons à chercher si une théorie valable peut être proposée pour expliquer le phénomène. Mais n'anticipons pas. Avant d'aborder la partie explicative dans le titre III, abordons la partie descriptive dans le titre II, consacré à la protection diplomatique des sociétés dans la jurisprudence et la pratique internationales.

Titre II

LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES SOCIETES DANS LA JURISPRUDENCE ET LA PRATIQUE INTERNATIONALES

Au seuil de cette analyse, il convient de dire quelques mots sur la méthode adoptée.

Pour étudier la pratique en matière de protection diplomatique des sociétés, nous disposons de trois sources : la jurisprudence internationale, la pratique diplomatique, la pratique conventionnelle. La pratique conventionnelle présente le plus grand intérêt pour notre problème. Mais elle est récente : elle n'a commencé à se manifester qu'après la seconde guerre mondiale, et présente des caractères tout à fait particuliers. Loin donc qu'on puisse en tirer des conclusions quant à la coutume en matière de protection diplomatique, on doit, au contraire, la considérer comme étant en réaction par rapport à cette coutume, ou tout au moins comme y apportant une dérogation. Ces considérations nous font donc logiquement rejeter son étude en troisième partie, lorsque nous examinerons les aspects récents et nouveaux de notre problème.

Les deux sources qui nous restent sont la pratique des Etats et la jurisprudence internationale, qui correspondent respectivement aux deux moments successifs du mécanisme de la protection diplomatique : l'endossement de la réclamation, et son examen par le juge. Mais on ne saurait accorder la même valeur à ces deux sources.

La pratique diplomatique, en effet, présente un intérêt moins probant que la jurisprudence internationale, car les considérations sur lesquelles se fonde un Etat pour accorder ou refuser sa protection ne sont pas toujours purement juridiques. Elles peuvent refléter un choix d'ordre politique ou économique : la menace d'une mise en jeu de la responsabilité gouvernementale, l'importance économique des intérêts engagés dans la société, ou encore l'incidence politique qu'une réclamation pourrait avoir sur les relations avec un autre Etat sont quelquefois déterminantes de la décision finale de l'Etat, au même titre que les considérations purement juridiques relatives à la recevabilité ou au fondement de la réclamation (175).

---

(175) Cf. Witenberg, « La protection de la propriété immobilière des étrangers », *Clunet* 1928, p. 580 : « C'est à son seul gouvernement que

Il ne convient pas non plus, en sens inverse, de minimiser par trop l'importance de cette pratique diplomatique. Car on ne peut nier l'intérêt que peut revêtir la ligne de conduite d'un gouvernement quand elle est fermement établie. Dans la mesure où les notes diplomatiques révèlent la tendance dominante d'un Etat en la matière, on peut y voir la manifestation d'une coutume internationale (176).

Tout en accordant donc moins de valeur à la pratique diplomatique qu'à la jurisprudence internationale, nous nous attacherons néanmoins à en dégager les grandes lignes, les principes fondamentaux, et à développer plus longuement quelques affaires significatives.

Nous reporterons ensuite toute notre attention sur la jurisprudence internationale. Toutefois, là encore, une précision s'impose quant à son utilisation, à savoir la distinction fondamentale qui doit être faite entre la protection des sociétés comme telles et la protection des actionnaires *ut singuli*. Si le principe est aisé à formuler et semble couler de source, il l'est moins à appliquer, car les décisions elles-mêmes, du moins parmi les plus anciennes, ne font pas toujours clairement la distinction et l'on peut parfois con-

---

le particulier lésé doit s'adresser. Celui-ci se préoccupera en premier lieu des intérêts actuels de sa politique étrangère et n'examinera qu'ensuite le bien-fondé ou le mal-fondé de la réclamation de son ressortissant. Dans l'hypothèse où il jugerait que la présentation d'une réclamation ne serait pas susceptible de contrarier son action politique générale, le gouvernement endosse la réclamation de son ressortissant et la présente au gouvernement étranger. Ici commence, bien au-dessus de l'individu, la controverse qui a bien peu de chances de s'apaiser parce que les questions de susceptibilités ou de prestige national s'en mêleront vite. » Ces considérations de l'éminent juriste s'appliquent ici aux individus en général. Elles ne sont que plus justifiées qand les intérêts en jeu sont ceux d'une société.

Cf. aussi Paul de Visscher, « la protection... », *précit.*, p. 447 : « Si le droit international règle négativement la faculté étatique d'endossement, en ce sens qu'il édicte des normes susceptibles de faire échec à une demande en protection diplomatique, au contraire, il ne règle pas positivement cette faculté puisque l'endossement d'une réclamation ne constitue jamais une obligation dans le chef de l'Etat. Au regard du droit international, le refus d'endossement d'une réclamation privée est un acte de souveraineté interne qui n'est jamais constitutif d'une violation du droit des gens et, au regard du droit public interne, le refus d'endossement est un acte de gouvernement, c'est-à-dire un acte purement discrétionnaire qui n'est soumis à aucun contrôle juridictionnel parce que les motifs qui peuvent l'inspirer ne sont liés par aucune règle de droit. »

(176) Cf. Kiss, *loc. cit.*, dans *La personnalité morale et ses limites*, p. 190 : « ...il convient de souligner l'importance que peut avoir une concordance dans la ligne de conduite de plusieurs gouvernements, sur tel ou tel point de droit international. Elle peut donner naissance à une règle coutumière — or, à l'heure actuelle la majeure partie du droit international est formée par des principes coutumiers. »

fondre entre la protection d'une société déterminée par la nationalité des actionnaires (qui n'est autre que l'application de la théorie du contrôle) et la protection des actionnaires comme tels. Pour éviter la confusion, nous aurons seulement, dans les cas douteux, à nous demander si les conditions qui justifient une protection distincte des actionnaires sont réunies. A partir du moment où elles ne le sont pas, ou bien à partir du moment où l'une des composantes de l'affaire s'oppose formellement à ce qu'il puisse y avoir protection distincte des actionnaires, on peut conclure qu'on est en présence d'un cas relatif à la protection des sociétés comme telles. C'est ainsi que, à notre avis, l'affaire du Soufre des Deux-Siciles ne doit pas être classée, comme le font certains auteurs (177), dans les cas de protection des actionnaires : dans cette affaire, la Grande-Bretagne intervint au nom de sociétés anglaises, enregistrées en Angleterre, avec siège social en Angleterre ; les propriétaires et associés étaient britanniques certes ; mais puisque les sociétés étaient anglaises, la protection ne pouvait se concevoir qu'en leur faveur, et non en faveur des actionnaires *ut singuli* (178).

Cette mise au point étant faite, nous pouvons passer à l'étude proprement dite, qui sera divisée en deux chapitres, le premier consacré à la pratique diplomatique, le second à la jurisprudence internationale.

(177) Kiss, *loc. cit.*, p. 196.

(178) V. détails de l'affaire dans La Fontaine, *Pasicrisie internationale*, pp. 97-101.

Chapitre premier

La pratique des Etats

En quatre sections successives, nous étudierons les pratiques les plus intéressantes et les plus significatives, celles des Etats-Unis, de la Grande-Bretagne, de la Suisse, de la France et de la Belgique.

Section I

La pratique des Etats-Unis

Les principes en ont été particulièrement bien dégagés par le Professeur Borchard, spécialiste de la protection diplomatique, qui connaissait de très près la pratique américaine grâce au poste qu'il occupait au Département d'Etat. D'autres auteurs donnent des précisions qui vont toutes dans le même sens, et les affaires que nous connaissons confirment pleinement les principes dégagés.

§ 1 : *Les principes*

Le principe essentiel et permanent de la pratique américaine est que le Gouvernement des Etats-Unis n'intervient pas en faveur d'une société si celle-ci ne représente pas de substantiels intérêts américains. C'est ainsi que Borchard définissait en 1915 la pratique américaine dans son ouvrage intitulé *Diplomatic protection of citizens abroad*. En 1931, dans son rapport à l'Institut de Droit international sur la protection des nationaux à l'étranger, il reprend exactement les mêmes développements, le principe étant resté strictement le même.

> « Le fait qu'une société ait été constituée selon la loi des Etats-Unis confère un titre *prima facie* à la protection diplomatique. Mais, pour les Etats-Unis au moins, et probablement pour la plupart des autres pays, il n'est pas possible d'établir des règles rigides et fixes qui régiraient la protection des sociétés. Le Département d'Etat, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, exige la preuve d'un intérêt substantiel américain dans une société déterminée avant d'autoriser la protection. C'est ainsi que le Département d'Etat exige uniformément que la partie intéressée produise une copie dûment certifiée conforme de la charte ou des statuts enregistrés, en même temps qu'un acte dûment dressé, établissant la propriété — légale ou équitable — du capital et des obligations de la société et contenant

des renseignements au sujet de la nationalité des détenteurs des titres qui soient de nature à établir quels sont les individus possédant la majeure partie des intérêts réels dans la société. Une propriété américaine exclusive n'est nullement requise. Lorsqu'il existe des raisons de croire que l'enregistrement américain a été uniquement recherché dans le but de s'assurer la protection américaine pour une entreprise qui en réalité se trouve entre les mains d'étrangers, le Département est peu enclin à étendre sa protection à la société en question » (179).

Ce texte de Borchard résume de façon particulièrement nette et frappante les caractères de la pratique américaine en matière de protection diplomatique des sociétés. On ne peut affirmer plus clairement que la nationalité telle qu'elle se définit d'après les critères du droit privé est insuffisante dès que les intérêts de fait ne sont pas ceux de l'Etat national. Dans le rapport à l'Institut de Droit international, on note un passage tout à fait remarquable, et d'ailleurs très connu, qui n'existe pas dans l'ouvrage de 1915. Ce passage a été inspiré à Borchard par la naissance de la théorie du contrôle. Bien qu'il se trouve dans nombre d'ouvrages, nous ne pouvons pas ne pas le reproduire :

« Il convient de rappeler que la société est simplement une forme d'organisation — véritable manteau — qui permet aux hommes de jouir de leur propriété et qu'un dommage causé à cette forme comme telle est une pure fiction. Ce sont des hommes qui retirent du bénéfice de l'organisation constituée sous la forme d'une société ou qui sont lésés par elle et cette conception a prévalu de plus en plus au cours des dernières années dans le droit international. De là la tendance à s'écarter de la règle suivant laquelle l'enregistrement, ou le « siège », ou le domicile, suffiraient à eux seuls pour justifier la protection diplomatique, laquelle tendance se manifeste par le fait qu'on soulève le voile de l'organisation sociétaire, qu'on s'enquiert de la nationalité des détenteurs d'actions et même qu'on protège les détenteurs nationaux sans tenir compte du lieu d'enregistrement, du siège ou du domicile de la société dont ces derniers possèdent des actions. Dans la pratique le droit international s'inspire de plus en plus de la vérité qu'une société est simplement une forme d'organisation qui permet à des personnes physiques de jouir de leur propriété et de s'intéresser à des affaires. Le professeur Hohfeld approuve pleinement la déclaration suivante de la Cour supérieure de l'Etat d'Ohio, qu'il appelle « l'une des opinions les plus judicieuses en cette matière » : « Quand tout a été dit, il

(179) *Diplomatic Protection of citizens abroad*, New-York, 1915, § 279, p. 621, et « Rapport à l'I.D.I. », *précit.*, *Annuaire de l'Institut*, t. 36, vol. 1, pp. 298-299.

» n'en reste pas moins qu'*en réalité* une société n'est pas une » personne ou une chose distincte de ses parties constituantes, » et que les parties constituantes sont les détenteurs d'actions, » tout comme en essence et en réalité les différents associés sont » les parties constituantes d'une association. » (180).

Enfin, le célèbre professeur américain donne un exemple dans lequel les quatre cinquièmes des actions d'une société étaient passées dans des mains étrangères, après qu'une réclamation diplomatique eût été présentée au nom de cette société. Qu'à cela ne tienne : on a considéré que le Secrétaire d'Etat avait la faculté de diviser la demande et de s'efforcer uniquement de rechercher la compensation des intérêts américains (181).

Pour en terminer avec les principes qui régissent la protection diplomatique des sociétés aux Etats-Unis, on peut citer une lettre tout à fait significative, écrite en 1909 par Mr. Adee, porte-parole de Mr. Knox, Secrétaire d'Etat, et adressée à Mr. Bergholz, Consul général américain, à propos d'une société missionnaire incorporée en Californie en 1908. D'après les articles de l'acte d'incorporation, les fondateurs étaient citoyens de Californie résidant en Californie. Tous cependant étaient de race chinoise. De plus, la société, missionnaire en Chine, avait nommé comme agents cinq personnes chinoises. Elle avait enfin acquis des terrains en Chine. Après divers ennuis, elle demanda à obtenir la protection diplomatique américaine en se présentant comme société américaine missionnaire. Mr. Adee, ne faisant d'ailleurs que suivre une coutume bien établie, écrivit :

« Le Département est d'avis que... la société, telle qu'elle se présente en Chine, ne semble pas représenter des intérêts américains suffisants pour se prévaloir de la protection de ce Gouvernement, de même qu'elle ne semble pas tomber dans l'esprit des traités en matière de privilèges des sociétés missionnaires américaines. Le Département estime donc qu'il faut requérir plus de preuves convaincantes de la nationalité des fondateurs de la société et des personnes qui détiennent actuellement ses intérêts. Et, plus tard, compte tenu de la situation actuelle en Chine, il sera préférable de demander aux sociétés missionnaires américaines d'employer des citoyens américains comme agents principaux et responsables en Chine si elles veulent obtenir la protection américaine » (182).

---

(180) « Rapport à l'I.D.I. », *précit.*, *Annuaire*, t. 36, vol. 1, pp. 297 et 298.

(181) *Ibid.*, p. 299, *in fine* ; *Diplomatic protection...*, *précit.*, § 279, pp. 621 et 622 ; sur la pratique diplomatique des Etats-Unis, v. aussi Hyde, *International Law chiefly as interpreted and applied by the United States*, § 278, p. 487, en parfait accord avec ce que dit Borchard.

(182) Mr Adee au Consul Bergholz, 12 octobre 1909, *Foreign Relations* 1909, 67 ; cité également par Hyde, *op. cit.*, § 278.

§ 2 : *Etude de quelques affaires*

1° *Affaire de la « Quito Electric Light and Power Company » :*

En 1912, la « Quito Electric Light and Power Company », société de nationalité américaine, demanda la protection diplomatique du Département d'Etat contre l'Equateur. Mais, sur les 450 000 dollars de son capital, 100 seulement appartenaient à des citoyens américains. En conséquence, le Département d'Etat refusa d'endosser la demande et motiva ainsi son refus :

> « Il semble donc que, malgré le fait que cette entreprise est américaine de nom, il y ait absence pratiquement totale de tout intérêt substantiel américain dans la société, les intérêts substantiels étant principalement aux mains de citoyens de la Grande-Bretagne et de l'Equateur. Pour cette raison, le Département d'Etat considère qu'il ne peut pas faire valablement de représentations diplomatiques au nom de cette compagnie » (183).

2° *Affaire de la « Renault Selling Branch, Incorporated » :*

Le même principe fut réaffirmé. La « Renault Selling Branch, Incorporated » était une société américaine constituée selon la loi de l'Etat de New-York. Mais, en réalité, elle n'était qu'une agence de la Société Renault, et tous ses actionnaires étaient des ressortissants français résidant en France. Dans une lettre du 1er juillet 1919, le Département d'Etat se refusa à accorder la protection diplomatique à la société en question :

> « Il apparaît donc que le seul fondement de la demande de protection de la Selling Branch est une incorporation de nom et de forme sous les lois de l'Etat de New-York. Si la protection était accordée dans de tels cas, le résultat serait qu'un Etat pourrait placer dans le domaine de la protection du Gouvernement fédéral une entité qui n'a aucun lien avec les Etats-Unis et aucun intérêt substantiel américain. N'importe quelle catégorie d'étrangers pourrait, dans ces conditions, demander protection pour leurs intérêts couverts pour la forme par une telle société et sans rapport avec leurs devoirs ou leur obédience envers le Gouvernement fédéral ou leurs droits individuels de citoyenneté. Si le fait de l'incorporation aux Etats-Unis doit être pris en con-

---

(183) « ...It would, therefore, seem that notwithstanding this enterprise is nominally American in character, there is an almost entire lack of any substantial American interest in the corporation, such substantial interest being principally English and Ecuadorian. For this reason, the Department does not consider that it may with propriety make diplomatic representations in behalf of this company. » M.S. Department of State, file 422 ; 11 Q4/1, cité par Hackworth, *Digest of international law*, Vol. V, p. 845.

sidération pour apprécier si la protection peut être accordée, ce fait n'est pas nécessairement déterminant pour la décision à prendre » (184).

3° *L'affaire de la société Georges D. Emery :*

L'affaire de la « Georges D. Emery Company » opposa le Nicaragua aux Etats-Unis, à la suite de l'annulation d'une concession. La société était américaine, mais un cinquième seulement des actions étaient entre les mains d'Américains. Le Département d'Etat allait-il intervenir au nom de la société ? Mais alors l'indemnité obtenue irait pour les quatre cinquièmes à des ressortissants étrangers. Rappelons qu'à l'origine le capital était entièrement américain, mais qu'il était passé ensuite, pour la plus grande partie, à un ressortissant britannique. Le Département d'Etat exprima ainsi ses vues :

« Il est clair que le Département peut examiner toutes les circonstances qui ont un rapport avec la réclamation de Emery et peut intervenir ou bien au nom de la société en tant qu'entité pour le montant entier des dommages survenus après annulation de la concession, ou bien au nom de la société dans la limite de l'intérêt américain. Une telle intervention, bornée à l'intérêt américain réel et légitime, assurerait non seulement la réparation des dommages soufferts par les intérêts américains, mais encore mettrait le Département à l'abri d'une critique née de son intervention au nom d'un actionnaire étranger » (185).

---

(184) Lettre de Mr Adee, Secrétaire d'Etat, Second Assistant, à MM. Coudert Brothers, 1er juillet 1919, MS Department of State, file 461.11R29/2 : « ...It would appear, therefore, that the only claim of the Selling Branch to American protection is based upon a formal and nominal compliance with the laws of the State of New-York. If protection is to be allowed in such cases the result would be that a State would be free to bring within the scope of protection by the Federal Government an entity which has no federal sanction and no substantial American interest. Any number or class of aliens could, by this course, claim protection for their interest nominally held by such a corporation, regardless of their duties to or loyalty toward this Government and their individual rights of citizenship. While the fact of incorporation in the United States is to be taken into consideration in determining whether protection should be extended, it is not necessarily the controlling factor in reaching a decision. » (Cité par HACKWORTH, *op. cit.*, vol. V, p. 840.)

(185) « It is... clear that the Department can examine all the circumstances connected with the Emery claim and can intervene either on behalf of the corporation as an entity for the entire amount of damages arising from the annulment of the concession or may intervene on behalf of the corporation to the extent of the present American interest. Such intervention would thus be confined to actual and legitimate American interests, and a simple statement to this effect would not only secure the reparation for an injury suffered to American interests,

4° *Affaire de la « Victoria Mining Company »* :

La question s'est posée en 1923 devant la Commission mixte Etats-Unis-Mexique. Il s'agissait de savoir si la « Victoria Mining Company », société américaine, mais dont le capital était en totalité aux mains de ressortissants britanniques, pouvait présenter une réclamation devant la Commission.

L'agent américain auprès de la Commission demanda des instructions au Département d'Etat, qui répondit :

> « Le Département est en accord avec les vues des Agents suivant lesquelles les sociétés américaines, indépendamment de la nationalité des possesseurs d'actions, peuvent présenter des réclamations devant la Commission... Toutefois, c'est une pratique du Département d'Etat depuis longtemps établie que de refuser d'appuyer diplomatiquement les réclamations des sociétés américaines dans lesquelles il n'y a pas d'intérêt substantiel américain... Le Département estime que la pratique suivie par lui en matière d'intérêts étrangers dans les sociétés américaines lorsqu'il s'agit d'appuyer diplomatiquement les réclamations peut parfaitement s'adapter au cas de la Victoria Mining Company. A moins donc qu'il puisse être démontré que des citoyens américains retireraient un bénéfice d'une indemnité en faveur de la Victoria Mining Company, le Département ne considère pas que la réclamation puisse être présentée devant une Commission » (186).

Aucune équivoque ne peut donc subsister quant à la pratique américaine en matière de protection diplomatique des sociétés : ce qui décide le Département d'Etat à intervenir, c'est *l'intérêt*

---

but would protect the Department from the criticism of intervening on behalf of a foreign stockholder » (The Solicitor for the Department of State, opinion du 14 avril 1909, citée par HACKWORTH, *op. cit.*, vol. V, pp. 837-838).

(186) « The Department concurs in the view of the Agency that claims of American corporations, regardless of the nationality of the owners of shares, could be filed with the Claims Commissions... However, it has been the long standing practice of the Department of State to refrain from pressing diplomatically the claims of American corporations in which there was no substantial American interest... The Department feels that the practice followed by it with respect to alien interests in American corporations in prosecuting claims diplomatically could appropriately be adopted by the Agency in case of La Victoria Mining Company. Unless, therefore, it could be shown that American citizens would benefit from an award in favor of La Victoria Mining Company, the Department does not consider that the claim should be filed with either Commission. » (Lettre du Secrétaire d'Etat Kellog à l'Agent américain Anderson, le 18 juin 1925, MS Department of State, file 412.11L84/1, rapportée par HACKWORTH, *op. cit.*, vol. V, pp. 839-840).

substantiel américain dans la société, la nationalité de celle-ci n'étant pas déterminante à elle seule.

On peut encore citer un exemple tout récent, puisqu'il date de 1952. Il s'agissait de la répartition de l'indemnité versée par la Yougoslavie à la suite de la nationalisation d'entreprises américaines. Cette fois, ce n'est plus le Département d'Etat, mais la Commission des affaires étrangères du Sénat qui émit son avis. Le même principe fut néanmoins exprimé : si, d'après le droit international, les Etats peuvent endosser les réclamations des sociétés qui ont leur nationalité, en dépit du fait que le capital est étranger, il n'en reste pas moins que le Gouvernement américain, en règle générale, n'adopte pas ce point de vue. En l'occurrence, dans la négociation avec la Yougoslavie, il a considéré qu'il devait exister un intérêt substantiel américain pour qu'une réclamation pût être présentée au nom de la société.

> « Il a été admis que l'intérêt substantiel... détenu par les nationaux des Etats-Unis... devait être de 20 % ou plus. Il est concevable que les 80 % restants puissent être détenus par des étrangers, résidant ou non aux Etats-Unis » (187).

Une des sociétés nationalisées par la Yougoslavie n'a pu établir que 20 % au moins de ses capitaux étaient aux mains de ressortissants américains. En conséquence, la « International Claims Commission », constituée pour répartir l'indemnité, a refusé de prendre en considération la demande de la société en question (188).

Retenons bien cette notion d' « intérêt substantiel ». Désormais elle reviendra comme un leit-motiv. Nous allons d'ailleurs la retrouver en examinant la pratique des autres Etats.

Section II

La pratique de la Grande-Bretagne

Nous la connaissons déjà par l'affaire de la « Orinoco Steamship Company » et, sans plus attendre, nous pouvons conclure qu'elle aussi est dominée par le principe de l'intérêt substantiel. Rappelons brièvement les faits. La société s'appelait à l'origine « Orinoco Shipping and Trading Company Limited ». Elle était anglaise de nom, puisqu'enregistrée à Londres, mais 90 % de son capital était en possession de citoyens des Etats-Unis. A la fin de 1898, elle

---

(187) « It was agreed that this substantial interest... owned by individual nationals of the United States... would be 20 % or more. It is conceivable that the remaining 80 % might be held by foreign nationals, resident or non-resident in the United States. » (Calendar, n° 810, Report n° 800, 81e Congrès, 1re session, pp. 10 et 11.)

(188) Décision du 22 mai 1952, « Matter of the claim of Westhold Corporation », *A.J.I.L.*, 1953, p. 623.

obtint d'un sieur Oleachea, puis de diverses compagnies vénézuéliennes, par transfert des droits que leur avait accordés le gouvernement vénézuélien, la concession exclusive de la navigation sur l'Orénoque. La situation de la société était donc, au point de vue commercial, des meilleures. Cependant, surgirent des difficultés. D'abord les troubles révolutionnaires remirent à un an, puis à six mois encore, l'établissement de la navigation sur l'Orénoque, qui devait être bi-hebdomadaire entre la Guayra et Maracaïbo. Ensuite, il y eut la révolution dite « restauratrice », après la prise du pouvoir par le général Castro, qui aboutit à des détentions, saisies de navires, destructions de propriétés appartenant à la compagnie, à l'emprisonnement de certains de ses agents suspects de pactiser avec les révolutionnaires ennemis du général Castro... Après réclamation de la Compagnie, un premier arrangement fut conclu, le 10 mai 1900, avec le Président du Venezuela. Cela n'empêcha pas que, dès le 5 octobre de la même année, un décret du général Castro déclare libre la navigation de toutes les passes de l'Orénoque, détruisant ainsi le monopole de la Compagnie. Enfin, le 14 décembre 1901, une résolution du pouvoir exécutif révoqua définitivement le contrat de concession de la société, en s'appuyant sur le fait que celle-ci avait manqué à ses engagements en n'effectuant pas les voyages auxquels elle était tenue.

La société, ne pouvant continuer son activité, s'adressa, en raison de sa nationalité anglaise, au Foreign Office et, subsidiairement tout de même, au Département d'Etat de Washington. On se rappelle la suite. Les ministres anglais et américain agirent d'abord de concert auprès du ministre vénézuélien des relations extérieures, sans résultat, puis le Foreign Office déclara qu'il se désintéressait de l'affaire. Pour le respect des principes, la société changea de nationalité et devint américaine sous le nom de « Orinoco Steamship Company », après enregistrement dans l'Etat de New-Jersey. Le Département d'Etat put ainsi endosser la réclamation (189). Ce qu'il advint de cette réclamation devant la juridiction internationale à laquelle elle fut présentée, nous le verrons dans le sous-titre suivant, lorsque nous examinerons la jurisprudence. Pour l'instant, retenons seulement le fait que la Grande-Bretagne a refusé d'intervenir en faveur de cette société enregistrée à Londres, mais dans laquelle 90 % des actions appartenaient à des Américains.

Cette affaire est très célèbre et particulièrement significative : c'est le fait qui l'emporte sur le droit, là comme ailleurs, mais, de plus, pour un respect de pure forme des principes, il fallut aligner le droit sur le fait en changeant la nationalité de la société. C'est pour

---

(189) Rappel des références : Georges SCELLE, « L'affaire de l'Orinoco Steamship Company », *R.G.D.I.P.*, 1911, pp. 164-202, et O.N.U., *Rec. Sentences arb.*, vol. IX, pp. 180-204.

réagir contre ces formes juridiques qui constituent des entraves que, de nos jours, les Etats signent des traités de plus en plus nombreux, dont nous analyserons les caractéristiques en troisième partie.

En ce qui concerne la pratique anglaise, citons encore l'affaire de la « Trading Corporation of Enrique Cortès and C° ».

La « Trading Corporation of Enrique Cortès and C° » était une société dont les actions étaient détenues pour leur quasi-totalité par des étrangers. Cependant, c'était une société anglaise, enregistrée sur les « Companies Acts » de 1883. Mais elle exerçait des activités en Colombie, avait des correspondants en Colombie et d'autres en Amérique du Sud, ses principaux membres étaient des citoyens colombiens et les actions étaient principalement, sinon complètement, aux mains d'actionnaires non britanniques.

La question était de savoir si, dans l'éventualité d'une guerre civile ou de tout autre événement grave, la protection britannique serait accordée à MM. Enrique Cortès and C° et à leurs propriétés à l'étranger. En décembre 1895, Webster et Finlay, juristes de la Couronne, furent consultés par le Foreign Office à ce sujet. Leur réponse fut la suivante :

> « A notre avis, le principe ne doit pas être admis que des étrangers puissent, en se faisant enregistrer ici en tant que « Company Limited », obtenir le droit de demander au Gouvernement de Sa Majesté la protection accordée aux sujets britanniques dans les pays étrangers. Nous pensons que, dans chaque cas, les données de la question doivent être examinées, ainsi que la nature des affaires auxquelles se livre la société. Aucune règle fixe et rigide ne peut, à notre avis, être posée quant au montant des intérêts britanniques susceptibles de donner droit à la protection. Nous concluons que les [représentants de Enrique Cortès et C°] doivent être informés que le Gouvernement de Sa Majesté ne peut envisager en aucun cas de protéger les opérations commerciales ou la propriété de leurs clients... » (190).

Notre conclusion sera la même que pour la pratique américaine : en l'absence d'intérêt britannique substantiel, le Gouvernement n'intervient pas.

---

(190) « In our opinion the principle ought not to be recognized that foreigners, by registering themselves here as a Limited Company, are entitled to claim from Her Majesty's Government the protection afforded to British subjects in foreign countries. We think that, in each case, the substance of the matter must be looked at, and the nature of the business which is in fact carried on by the Company. No hard and fast line can, in our judgment, be laid down as to the amount of british interest which would entitle a Company to British protection. We advise that [the representatives of Enrique Cortès and Co] should be informed that Her Majesty's Government cannot undertake in any way to protect the commercial operations or property of their clients... » (Avis de Webster et de Finlay, 13 décembre 1895, rapporté dans Mac Nair, *International Law opinions*, t. II, pp. 38-39).

Section III

La pratique suisse

La pratique suisse est absolument constante et nette à cet égard. Elle est fondée, elle aussi, sur le principe de l'intérêt substantiel. On peut citer à cet égard un message du Conseil fédéral suisse du 29 octobre 1948 concernant l'accord sur les nationalisations conclu avec la Yougoslavie, et qui a fixé la doctrine suisse comme suit :

> « Dans la plupart des cas l'intérêt suisse prépondérant sera démontré quand la majorité effective du capital se trouve en mains suisses. S'il n'y a pas de majorité, il y a lieu de s'en tenir à la minorité qui exerce une influence décisive sur la société ; ce fait est particulièrement facile à constater quand une minorité compacte se trouve en présence d'une majorité dispersée. La composition du Conseil d'administration et de la direction peut être aussi déterminante quand c'est à eux qu'il appartient de former la volonté de la personne morale et de décider pour elle. Enfin, dans certains cas, on ne doit pas négliger non plus les créanciers, car eux aussi peuvent exercer une certaine influence sur l'entreprise. *Mais il faut toujours considérer les circonstances réelles et ne pas se fixer à des constructions purement juridiques qui peuvent avoir uniquement pour but de dissimuler les faits véritables* » (191), (192).

On peut encore citer le passage suivant du rapport de gestion pour 1949 du même Conseil fédéral, dont la jurisprudence est d'ailleurs constante :

> « ...la nationalité d'une personne morale ou d'une société commerciale est déterminée par les intérêts suisses prépondérants qui y sont engagés (« substantial interests »). Ceux-ci ne se confondent pas forcément avec la majorité du capital, mais sont réputés exister lorsque le contrôle suisse est effectivement reconnu » (193).

Cette position fondée sur l'intérêt prépondérant peut avoir pour résultat de laisser sans protection les sociétés qui n'ont pas de

---

(191) C'est nous qui soulignons.

(192) Message du Conseil fédéral du 29 octobre 1949, cité par Bindschedler, « La protection de la propriété privée en droit international public », *Rec. Cours*, 1956, II, p. 237.

(193) Rapport de gestion du Conseil fédéral pour 1949, *Annuaire suisse du droit international*, 1950, pp. 138-139 ; voir aussi le message du Conseil concernant l'accord franco-suisse du 22 nov. 1949 : « Der Nachweis der schweizerischen Staatsangehörigkeit natürlicher Personen gibt zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass. Bei juristischen Personen wird sowohl auf ihren Sitz in der Schweiss als auch auf das ihnen bestehende überwiegende schweizerische Interesse abgestellt ». (*Ibid.*, 1950, p. 134).

caractère précis au point de vue économique. C'est ainsi que la Commission suisse des nationalisations a rejeté la demande d'indemnisation d'une société de droit suisse parce que, des trois créanciers qui la dominaient à parts égales, deux n'étaient pas suisses (194).

Section IV

La pratique française

La pratique française est orientée dans le même sens : la France, pas plus que les autres pays, n'est disposée à intervenir pour protéger une société française seulement de nom. Si cette pratique est peut-être moins régulièrement significative que les pratiques anglo-saxonnes, si le cas s'est présenté moins souvent d'un refus d'intervention du gouvernement français en faveur d'une société française dominée par des intérêts étrangers, c'est sans doute en raison des garanties plus sûres que donne le critère du siège social, plus exigeant que celui de l'enregistrement.

Nous ne trouverons donc pas en France une série de prises de position aussi frappantes que celles que nous ont proposées les Etats-Unis et la Suisse. Mais nous avons tout de même, pour évoquer la pratique française, une affaire à notre avis du plus haut intérêt, qui se rapporte également pour moitié à la Grande-Bretagne et qui, nous le verrons, aura peut-être eu pour résultat, avec l'affaire de la « Barcelona Traction », d'orienter la pratique des Etats dans un sens nouveau et, pour ainsi dire, révolutionnaire : il s'agit de la nationalisation du canal de Suez en 1956.

Le canal de Suez, on le sait, fut nationalisé par le gouvernement égyptien le 26 juillet 1956. Un Etat pouvait-il intervenir au nom de la Compagnie universelle ? De toute manière, nous l'avons vu, aucune exception d'irrecevabilité ne pouvait être tirée de la règle de l'épuisement préalable des recours internes, puisqu'il s'agissait d'une nationalisation, conséquence d'une loi contre laquelle aucun recours interne n'existait. Le problème se posait donc uniquement sur le plan de la nationalité.

L'Egypte prétendait qu'aucun Etat ne pouvait intervenir en faveur de la Compagnie, puisque celle-ci était égyptienne. Elle se fondait à cet effet sur divers textes, en particulier sur l'article 16 de l'acte de concession du 22 février 1866, qui déclare : « La Compagnie... *étant égyptienne*, elle est régie par les lois et usages du pays ; toutefois, en ce qui regarde sa constitution comme société et les rapports des associés entre eux, elle est, *par une convention spéciale*, réglée par les lois qui, en France, régissent les sociétés anonymes. »

(194) Bindschedler, *loc. cit.*, p. 237.

(195). L'Egypte s'appuyait également sur l'article 3, qui déclare : « La société a son siège social à Alexandrie et son domicile administratif à Paris », ainsi que sur diverses décisions de jurisprudence, tant françaises qu'égyptiennes.

En fait, la Compagnie a toujours eu son siège social effectif à Paris. Néanmoins, la question de sa nationalité pouvait être discutée, et c'est ce qui ne manqua pas d'être fait. En droit, qui pouvait intervenir ? Si la Compagnie était considérée comme égyptienne, aucun Etat ne pouvait la protéger comme telle, la seule protection possible étant concevable au profit des actionnaires. Si la Compagnie était considérée comme française, c'est la France qui pouvait intervenir et elle seule. En fait, les choses ne se passèrent pas ainsi. Les gouvernements intéressés, France et Grande-Bretagne, ont fait fi des considérations purement juridiques et n'ont accordé attention qu'aux réalités. Et ces réalités étaient les suivantes : sur les 32 membres du Conseil d'administration, 16 étaient français et 9 étaient anglais ; le gouvernement britannique détenait 43 % des actions, et 50 % étaient entre les mains de Français. Les deux Etats n'hésitèrent pas à présenter une réclamation diplomatique conjointe au nom de la société.

En fin de compte, il n'y eut pas de recours à l'arbitrage et c'est sur une base politique, sans intervention directe des gouvernements français et britannique, que la question de l'indemnisation a été réglée. On ne peut donc savoir comment une juridiction internationale aurait réagi. Il n'en reste pas moins que cette aventure garde toute sa valeur : car désormais non seulement les gouvernements refusent d'intervenir au nom d'une société nationale dont les intérêts sont étrangers, mais encore, ce qui ne s'était jamais vu autrefois, ils protègent une société d'après de purs critères de fait. Dans ce domaine de la protection diplomatique, n'est-ce pas là la preuve de l'insuffisance des critères purement juridiques, du moins en ce qui concerne la pratique des Etats ?

Sans doute pourra-t-on objecter que cet exemple n'est pas probant, puisque la Compagnie universelle, malgré ses attaches égyptiennes, avait son siège social effectif à Paris. Certes, l'argument est valable pour la France, mais il ne l'est pas pour la Grande-Bretagne. Et, de toute manière, même si ce précédent devait être tenu pour discutable en raison de ses implications politiques, nous allons trouver maintenant une affaire qui, elle, n'a plus rien d'ambigu et qui prouve que la pratique diplomatique semble bien s'orienter dans le sens que nous avons dit. C'est ce que nous allons voir en abordant la pratique belge (196).

---

(195) A cette époque, en effet, l'Egypte ne possédait pas de législation sur les sociétés anonymes

(196) Sur cette affaire de Suez, v. P. de Visscher, « Les aspects juridiques fondamentaux de la question de Suez », *R.G.D.I.P.*, 1958, pp. 400-445, et spécialement pp. 425-429.

Section V

Un aspect de la pratique belge

Cet exemple est l'exemple d'actualité par excellence, puisque l'affaire se pose actuellement devant la Cour internationale de Justice. Disons tout de suite, et cette remarque restera valable lorsque nous aborderons l'étude de la jurisprudence, que cette affaire est de la plus haute importance mais qu'à l'heure où nous écrivons, les débats sont encore loin d'être achevés : ce n'est peut-être pas avant 1966 que la Cour rendra son arrêt. Ainsi, il ne nous est pas possible de réserver à l'affaire les développements que son importance justifierait. Nous le regrettons et nous espérons que cet ouvrage servira au moins à une meilleure compréhension de cette affaire lorsque les éléments de celle-ci et les débats auxquels ils auront donné lieu seront exposés au grand jour. En attendant, nous nous bornerons à en tracer les grandes lignes et à souligner ce qui fait son originalité et son importance.

La Cour internationale de justice a été saisie par le Gouvernement belge d'une requête en date du 23 septembre 1958 tendant à soumettre à la Cour le différend qui l'oppose à l'Espagne dans l'affaire de la « Barcelona Traction, Light and Power Company Limited ». Après un désistement provisoire le 23 mars 1961, la Belgique a réintroduit sa requête le 7 août 1962 (197).

Le groupe de la « Barcelona Traction » s'est constitué en 1911 pour exploiter les ressources hydro-électriques de la Catalogne et créer dans cette province une entreprise de services publics. Suivant la méthode des trois échelons, qui était la règle en Angleterre et au Canada avant 1914 pour la mise en route de cette sorte d'entreprises, le groupe donna naissance à trois sociétés successives :

— une société de lancement (« promoting company »), la Spanish Securities C° Ltd, société canadienne fondée à Toronto le 11 août 1911, avec un capital de 40 000 $, dont le détenteur unique était un financier américain, le Dr. Pearson. La liquidation de cette société de lancement eut lieu en 1925 ;

— une société de financement (« holding company »), la Barcelona Traction, fondée également au Canada, avec siège social à Toronto, le 12 septembre 1911. Cette société avait pour objet l'exploitation d'un service de tramways et la distribution de l'énergie électrique à Barcelone et dans ses environs ; son capital était de 40 millions de dollars, divisé en 400 000 actions de 100 dollars chacune ; elle devait réunir les fonds nécessaires à l'émission d'actions et d'obligations ;

---

(197) Affaire de la « Barcelona Traction, Light and Power Company Limited » (nouvelle requête, 1962), Belgique c. Espagne, Ordonnance du 7 août 1962 : C.I.J., *Rec. 1962*, p. 310.

— une série de sociétés exploitantes (« operating companies »), qui devaient créer et développer les entreprises au moyen des fonds fournis par la société holding. La première de ces sociétés, fondée le 12 septembre 1911 à Toronto, était l'Ebro Irrigation and Power C°, à laquelle la Barcelona Traction transféra la plus grande partie de ses apports. Le siège social de cette société fut transféré trois mois après (le 14 décembre 1911) en Espagne.

Par la suite, ces différentes entreprises se sont développées, ramifiées, contrôlées les unes les autres, d'une manière très compliquée. De nos jours, on peut constater que les sociétés sont juridiquement canadiennes, qu'elles opèrent en Espagne, et qu'elles sont contrôlées par des groupes belges. En 1948, par exemple, la participation belge au capital de la Barcelona Traction était supérieure à 89 %, et cette société était contrôlée depuis 1923 par une société fondée à Bruxelles le 31 janvier 1923 sous le nom de « Société internationale d'énergie hydro-électrique » (Sidro). La participation belge est détenue à concurrence de 10 à 15 % du capital de la Barcelona Traction par le public belge en général, et à concurrence de 75 à 77 % par la Sidro, société de droit belge.

Cependant, à partir de 1930, l'Espagne se rendit coupable, d'après le gouvernement belge, d'actes internationalement illicites :

1° en établissant, entre 1930 et 1936 et 1940 et 1944, des restrictions de change qui, suspendant tout transfert de fonds et de devises, ont obligé la Barcelona Traction à suspendre le service de ses obligations le 16 novembre 1936 ;

2° en mettant en faillite la Barcelona Traction le 12 février 1948, à la requête de trois actionnaires espagnols, devant le tribunal de Reus, ville de la province de Tarragone où aucun des requérants et aucune des sociétés auxiliaires ne résidait ou n'avait son siège social;

3° en paralysant les recours judiciaires qui auraient permis à la Barcelona Traction de faire valoir ses droits devant les tribunaux. (Le gouvernement belge taxera ainsi de « déni de justice » le jugement de faillite prononcé par le tribunal de Reus) ;

4° en procédant immédiatement à la vente de tous les biens constituant la masse de la faillite, sous prétexte de préserver la valeur de celle-ci.

Quel était le gouvernement qualifié pour intervenir ? En principe, la seule société directement en cause étant la Barcelona Traction, société de nationalité canadienne, le seul gouvernement internationalement qualifié pour exercer son droit de protection à l'égard de cette société était le gouvernement canadien. Or, on a assisté à ce phénomène étonnant : l'Etat dont la société avait la nationalité, le Canada, estima n'avoir aucun intérêt à l'exercice de la protection diplomatique, alors que l'Etat dont les nationaux avaient le contrôle

de cette société, la Belgique, chercha à protéger ses nationaux, non en protégeant les actionnaires *ut singuli*, mais en endossant la réclamation de la société comme telle. Il s'agit là de l'application pure et simple, et totale, de la théorie du contrôle.

Nous retrouverons les thèses en présence lorsque nous examinerons la jurisprudence. Pour l'instant, retenons qu'un Etat, sans s'occuper des critères de nationalité traditionnellement reconnus, est allé jusqu'au bout des choses en « soulevant le voile » de la manière la plus totale.

La conclusion provisoire que nous pouvons dégager de l'analyse de la pratique diplomatique est donc qu'en aucun cas les Etats ne se laissent guider par les seules formes juridiques. Si la nationalité d'une société est bien, *prima facie*, un titre à la protection diplomatique, cette nationalité à elle seule n'est pas suffisante, et quelquefois même elle n'est pas nécessaire. Ce sont les éléments de fait qui sont déterminants. Dans le domaine de la pratique diplomatique, on assiste donc bien à l'application de la théorie du contrôle. L'analyse de la jurisprudence internationale nous fera-t-elle aboutir à des conclusions différentes ?

Chapitre II

La jurisprudence internationale

Comme l'on peut s'en douter, la jurisprudence internationale est plus respectueuse des formes juridiques et, souvent, nous le verrons, c'est la nationalité de la société comme telle et non celle de ses actionnaires qui justifie, pour le tribunal, l'intervention diplomatique et le droit à indemnité.

Cependant, là encore, le voile a été soulevé et, comme le faisait déjà remarquer Borchard en 1931, « dans la pratique, le droit international s'inspire de plus en plus de la vérité qu'une société est simplement une forme d'organisation qui permet à des personnes physiques de jouir de leur propriété et de s'intéresser à des affaires » (198). Cette conception a été consacrée d'une manière très nette pas un arrêt rendu en 1935 dans l'affaire « *I'm alone* ». Cet arrêt marque pour notre sujet une véritable charnière, et on peut lui accorder une importance analogue à celle que l'on accorde à l'arrêt Nottebohm. Il nous servira de point de repère et, grâce à lui, nous pourrons, sans arbitraire semble-t-il, diviser notre étude en deux moments : 1° l'ancienne tendance, antérieure à 1930; 2° l'affaire « *I'm alone* » et la nouvelle tendance. Cette division permettra d'apporter une certaine clarté à l'étude d'une pratique qui, autrement, aurait pu paraître assez confuse. Nous y apporterons les nuances nécessaires ensuite.

Section I

L'ancienne tendance

On peut diviser les arrêts en trois catégories suivant la manière dont ils contribuent à éclairer notre sujet. Dans une première catégorie, la moins fournie d'ailleurs, on constate une concordance de tous les liens d'allégeance : la société a la nationalité du pays qui la protège, elle en représente en même temps les intérêts ; on n'en peut donc tirer aucune conclusion puisqu'on se trouve en présence du schéma idéal ; un second groupe d'arrêts, plus intéressants, nous montrera la juridiction internationale admettant la recevabilité de la réclamation d'après la simple preuve de la nationalité,

---

(198) Borchard, « Rapport à l'I.D.I. », *précit.*, *Annuaire de l'I.D.I.*, t. 36, vol. 1, p. 297.

sans investigations relatives à la nationalité des actionnaires ; dans un troisième groupe enfin, sur lequel nous insisterons plus longuement, le tribunal a déclaré expressément que la nationalité de la société, en ce qui concerne la protection diplomatique, est indépendante de la nationalité de ses actionnaires.

§ 1 : *Concordance des liens d'allégeance*

1° *L'affaire du soufre des Deux-Siciles :*

C'est, à notre connaissance, l'arrêt le plus ancien qui ait été rendu en la matière. Il date de 1841, et l'origine de l'affaire remonte à 1838. Chemin faisant, nous avons déjà eu l'occasion d'en parler. Les faits seront rappelés brièvement.

Dix-neuf sociétés, anglaises sous tous les rapports (leur siège était en Grande-Bretagne, elles étaient constituées selon la loi anglaise, elles étaient composées de citoyens anglais et les intérêts qu'elles représentaient étaient anglais), exerçaient leur activité dans le Golfe de Sicile, procédant à l'extraction et à la vente du soufre. Or, par un décret en date du 9 juillet 1838, le Roi des Deux-Siciles établit un monopole d'Etat sur ces activités. Le gouvernement anglais intervint en faveur des sociétés et protesta en arguant qu'une telle forme larvée d'expropriation des biens étrangers sans indemnité constituait une faute internationale. Le Roi des Français offrit ses bons offices au gouvernement de Londres. Un arrangement fut conclu entre « Sa Majesté la Reine du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande et Sa Majesté le Roi du Royaume des Deux-Siciles », et une commission mixte d'arbitrage se constitua en conséquence sous la médiation du Roi des Français, pour la liquidation des demandes d'indemnité formées par les sujets anglais. Les réclamants étaient :

— G. Wood et C°, au nom de cinq compagnies ;
— Morrison et C°, au nom de sept compagnies ;
— Prior Turner et C°, au nom d'une compagnie ;
— W. Leaf et C°, au nom d'une compagnie ;
— Franck Ball, au nom d'une compagnie ;
— T. et R. Sanderson, au nom d'une compagnie ;
— Mathey, Oates et C°, au nom d'une compagnie ;
— Thurburn Rose, au nom d'une compagnie.
— Samuel Lowell, au nom d'une compagnie.

En tout, donc, dix-neuf sociétés. Le 24 décembre 1841, la commission d'arbitrage rendit sa décision. Les intéressés avaient demandé une indemnité de 65 610 livres. Il leur en fut accordé par les arbitres 21 307 (199).

---

(199) Sociétés anglaises du Golfe de Sicile, Grande-Bretagne c. Royaume des Deux-Siciles (LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale*, pp. 97-101).

La décision fut par conséquent positive, mais nous ne pouvons en tirer aucune conclusion. On peut simplement supposer que, suivant les principes de la pratique diplomatique, c'est la nationalité anglaise des associés qui décida la Grande-Bretagne à intervenir, et que c'est la nationalité anglaise des sociétés en tant que telles qui conduisit la commission à sa sentence positive. Mais ce sont là des suppositions qu'aucune déclaration ne permet de vérifier.

On peut encore trouver un exemple de ce schéma idéal, assez rare au demeurant, dans l'affaire suivante.

2° *L'affaire de l' « U.S. and Paraguay Navigation Company » :*

En 1845, Edward A. Hopkins, citoyen des Etats-Unis, ancien officier de la Navy, visitait le Paraguay en tant qu'agent spécial du Département d'Etat, en vue de faire un rapport sur la situation du pays. Or, ce pays l'enthousiasma par les débouchés qu'il offrait. Et, tandis qu'il accomplissait sa mission, Hopkins gagna la faveur du Président paraguayen, Carlos Antonio Lopez, dont la politique était précisément d'encourager l'introduction et le développement d'industries étrangères. Hopkins conçut donc l'idée de créer une société destinée à développer les ressources du pays. Confiant dans le Président Lopez, fort de l'appui financier de quelques citoyens du Rhode Island, il fonda en 1852 une société qui fut enregistrée sous les lois de cet Etat, l'année suivante, sous le nom de « U.S. and Paraguay Navigation Company ». Son capital était de 100 000 dollars, avec possibilité d'aller jusqu'à 1 000 000 pour les besoins du commerce. La société était donc américaine, puisqu'enregistrée dans le Rhode Island, et les associés étaient également américains, la plupart citoyens du même Etat de Rhode Island.

Mais la Compagnie souffrit de nombreuses infortunes. Sur le premier capital, elle acheta un bateau pour le transport des marchandises qui sombra près des côtes du Brésil sans avoir jamais atteint le Paraguay. La même mésaventure arriva avec le bateau suivant, qui sombra près de Buenos Aires.

Enfin, Hopkins arriva au Paraguay, où la réception cordiale de Lopez le réconforta. Le président lui avança 10 000 piastres pour rattraper les pertes. Mais, un an après, le geste malheureux d'un soldat envers le frère de Hopkins et sa femme brouilla les relations entre Lopez et Hopkins. Une punition fut demandée contre le soldat, mais sur un ton acerbe, et cette demande fut assortie de plaintes contre les mauvais traitements infligés en général aux citoyens des Etats-Unis. Lopez, dès lors, fut moins bien disposé. Il fit retomber sa mauvaise humeur sur l' « U.S. and Paraguay Navigation Company ». La garantie qui avait été donnée à la Compagnie d'obtenir de la main-d'œuvre indigène fut supprimée. On la dépossédа de certains terrains. Puis on interdit à Hopkins de se servir du titre d'agent général de la Compagnie. Finalement, ce dernier se retira

du pays, alléguant qu'il était expulsé, et la propriété et les affaires de la société furent abandonnées.

D'autres questions opposaient les Etats-Unis au Paraguay. En 1859, un traité fut signé entre les deux pays et la réclamation de l' « U.S. and Paraguay Navigation Company » fut soumise à une commission d'arbitrage le 4 février 1859. Le 13 août 1860, la sentence fut rendue. La réclamation de la Compagnie fut déclarée recevable et, si le droit à indemnité lui fut finalement refusé, ce fut parce que, au dire de la commission, la société ne put établir son droit à dommages, ni prouver la responsabilité du Paraguay (200).

Mais, là encore, il s'agit d'une affaire dont on ne peut tirer de conclusion précise, car l' « U.S. and Paraguay Navigation Company » était une société américaine, quel que fût l'angle sous lequel on la considérât.

§ 2 : *Arrêts ayant admis les demandes de sociétés sans rechercher la nationalité des détenteurs d'actions*

Il s'agit d'une catégorie d'arrêts plus intéressants. Si le tribunal, en effet, n'a pas éprouvé le besoin de s'enquérir de la nationalité des actionnaires, c'est que pour lui seule comptait la nationalité de la société comme telle.

1° *Affaire de l'Interoceanic Railway of Mexico :*

C'est une des plus intéressantes affaires qui aient donné lieu à un arrêt en ce sens. L'Interoceanic Railway of Mexico (ligne d'Acapulco à Vera Cruz) était une société anglaise, enregistrée comme « Limited » sur les « British Companies Acts » le 30 avril 1888, et destinée, entre autres, à construire et à exploiter des lignes de chemins de fer depuis Mexico.

En 1903, l'Interoceanic conclut un accord avec la Mexican Eastern Railway C°, Ltd, société également anglaise, enregistrée le 5 décembre 1901 sur les « British Companies Acts », et faisant les mêmes affaires que l'Interoceanic. Toutes les actions de la Mexican Eastern Railway C° devinrent la propriété de l'Interoceanic.

La même sorte d'accord fut conclu avec la Mexican Southern Railway Company, Ldt, société anglaise également, puis avec la National Railroad Company of Mexico (devenue ensuite National Railways of Mexico). Cette dernière société prit la direction de l'ensemble des lignes de chemins de fer de l'Interoceanic, en tant qu'agent de celle-ci.

De 1914 à 1920, ces sociétés subirent des dommages dus aux guerres et aux révolutions. Les réclamants essayèrent, par l'inter-

(200) Affaire de l' « U.S. and Paraguay Navigation Company », rapportée par La Pradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pp. 38 à 64, et par Moore, *International Arbitrations*, vol. II, chap. XXXII, p. 1485.

médiaire de l'Interoceanic, d'obtenir réparation de la part du gouvernement mexicain, sans résultat. Le gouvernement britannique intervint alors au nom de l'Interoceanic, de la Mexican Eastern et de la Mexican Southern. Une commission d'arbitrage anglo-mexicaine fut constituée à la suite de deux traités, le premier signé le 19 novembre 1926 et le second le 5 décembre 1930. Les réclamations des sociétés furent présentées devant la Commission.

L'agent mexicain soutint que :

1° la nationalité anglaise des sociétés n'avait pas été établie ;

2° il n'était pas prouvé que les sujets britanniques eussent plus de 50 % du capital ;

3° Une clause Calvo était insérée dans les contrats de concession.

La clause Calvo ne fut pas reconnue. Mais ce qui nous intéresse davantage, c'est la décision de la Commission à propos de la nationalité des sociétés. Cette décision fut que l'enregistrement des sociétés en Grande-Bretagne établissait suffisamment leur nationalité anglaise :

> « La Commission, elle, se déclare satisfaite quant à la nationalité britannique des sociétés réclamantes. Elle a, dans plus d'une de ses décisions, accepté l'incorporation en Angleterre et le domicile en Angleterre comme une preuve suffisante de la nationalité. »

A la seconde objection de l'agent mexicain, la Commission répondit :

> « La Convention n'exige pas que les Compagnies britanniques établissent que les sujets anglais aient ou aient eu un intérêt de plus de 50 % dans la société pour aller devant la Commission » (201).

Si la réclamation fut finalement rejetée, ce fut, comme nous l'avons vu plus haut (202), pour défaut d'épuisement des recours internes.

2° *Autres décisions de la Commission Grande-Bretagne-Mexique :* Ainsi qu'elle l'a fait remarquer dans sa sentence, la Commission a, « dans plus d'une de ses décisions, accepté l'incorporation en Angleterre et le domicile en Angleterre comme une preuve suffisante de la nationalité ». On peut citer les affaires suivantes :

a) *Affaire de la Central Agency Ltd :* un certificat d'incorporation de la Compagnie anglaise réclamante, avec un affidavit de son secrétaire établissant qu'elle était incorporée en Grande-Bretagne et que l'agent présentant la réclamation était dûment autorisé, ont été con-

---

(201) Aff. de l'Interoceanic Railway of Mexico, Comm. de réclamation Grande-Bretagne-Mexique, décision n° 53 du 18 juin 1931 (O.N.U., *Rec. sent. arb.*, vol. V, pp. 178 à 190).

(202) Voir *supra*, p. 37.

sidérés comme suffisants pour la présentation de la réclamation (203).

b) *Affaire F. W. Flack :* de même, un certificat d'incorporation à Londres fut tenu pour suffisant pour prouver la nationalité de la société (204).

c) *Affaire « The Madera Company »* : là encore, un certificat d'incorporation au Canada fut tenu pour suffisant (205).

D'autres commissions ont adopté la même position, au XIX^e^ siècle en particulier. Une des décisions date de 1892, une autre de 1894.

a) *Affaire de la Central and South American Telegraph Company :*

Il s'agissait d'une société américaine exploitant des lignes télégraphiques au Chili. Pendant la « Congressional Revolution » de 1891, des dommages furent causés à la ligne télégraphique. D'autres faits opposaient les deux pays. Le 7 août 1892, un traité fut signé à Santiago et une commission d'arbitrage créée. Cette commission se composait de trois membres. Une indemnité de 40 725,89 dollars fut accordée à la Compagnie en compensation des dommages qu'elle avait subis, et cela sur la simple considération de sa nationalité américaine (206).

Cette décision est à rapprocher d'une autre décision, celle-là beaucoup plus connue et souvent citée, de la commission de réclamation anglo-chilienne de 1894, et qui est la suivante :

b) *Affaire Robert Stirling :*

Cette affaire est citée également comme l'une des premières ayant expressément établi que les personnes morales, comme les personnes physiques, avaient accès devant les commissions d'arbitrage. La commission anglo-chilienne avait été créée par un traité en date du 26 septembre 1893 pour statuer relativement aux indemnités réclamées par des citoyens anglais à raison des dommages causés par la guerre civile (Congressional Revolution). La commission siégea du 24 octobre 1894 au 4 mars 1896 et rendit de nombreux arrêts.

Dans l'affaire Robert Stirling, il fut déclaré que l'acte créant une société anonyme, approuvé et reconnu par l'autorité du pays où elle avait été créée, devait être examiné avec attention pour déterminer

---

(203) Central Agency Ltd, Glascow (Grande-Bretagne c. Mexique), décision n° 7 du 29 novembre 1929 (O.N.U., *Rec. cit.*, V, p. 53).

(204) F. W. Flack, décision n° 10 du 6 décembre 1929 (*Ibid.*, V, p. 61).

(205) The Madera Company, décision n° 41, du 13 mai 1931 (*Ibid.*, V, p. 156).

(206) Central and South American Telegraph C°, Etats-Unis c. Chili, (LA FONTAINE, *op. cit.*, p. 476).

si une telle société « est nationale ou étrangère, que la nationalité d'une société anonyme doit être déterminée par le domicile de cette personne morale, par le lieu de résidence de la société, et que le siège de l'administration et de la direction fixe ce domicile, et non le centre d'exploitation ; qu'il peut être dit, enfin, que les personnes morales ont la nationalité de l'Etat ou de la personne qui lui ont donné son existence » (207).

Nous trouvons donc là une série d'affaires où les demandes de sociétés ont été admises sans que la commission recherche la nationalité des détenteurs d'actions. Pour la commission, seule importe la nationalité de la personne morale. Mais ce qui est beaucoup plus intéressant encore, c'est de constater que dans des affaires où la commission, après s'être inquiétée de la nationalité des actionnaires et avoir découvert que lesdits actionnaires avaient une nationalité différente de celle de la société, a néanmoins déclaré que la recevabilité de la réclamation dépendait uniquement de la nationalité de la société, quand bien même les actionnaires seraient étrangers. Ce sont ces affaires que nous allons étudier maintenant.

§ 3 : *Arrêts ayant considéré la nationalité des sociétés comme entièrement indépendante de la nationalité étrangère des actionnaires.*

1° *Affaire de la « Rosario Nitrate Company Limited »* (208) :

Il s'agit d'une sentence rendue par le même tribunal anglo-chilien de 1893 dans une affaire analogue à l'affaire Robert Stirling. La « Rosario Nitrate » était une société anglaise. Le tribunal déclara que cette société devait être considérée comme anglaise et se fonda à cette fin sur son domicile légal en passant outre à toutes les allégations de l'avocat du Chili. L'agent de la Compagnie déclara que « tant que la « Rosario Nitrate », établie en Angleterre et dûment constituée et enregistrée conformément à la loi anglaise, ne transportait pas légalement son domicile sur le territoire d'une autre nation, elle restait anglaise, même si ses actionnaires étaient étrangers ou même chiliens ; que cela était aussi certain qu'il est certain que Londres continuerait d'être la grande métropole britannique, même si l'immense majorité de ses habitants venaient demain à être étrangers » (209). Le tribunal donna raison aux observations de l'agent de la Compagnie en déclarant, dans sa sentence du

(207) Affaire Robert Stirling, Commission anglo-chilienne de 1894, rapportée dans *Reclamaciones presentadas al tribunal inglese-chileno*, I., p. 166 ; v. aussi Ralston, *Law and Procedure of international Tribunals*, p. 149, § 267, et p. 153, § 273.

(208) Grande-Bretagne c. Chili (*Reclamaciones presentadas al Tribunal inglese-chileno*, I, pp. 128-152).

(209) Ces détails de l'affaire sont rapportés à propos de l'affaire Canevaro par de Bœck, « L'affaire Canevaro », *R.G.D.I.P.*, 1913, p. 353.

22 novembre 1895, que cette société devait être considérée comme anglaise, « même si ses actionnaires étaient étrangers »

2° *Affaire de l' « Accessory Transit Company »* (210) :

Bien avant déjà, une position identique avait été adoptée par les commissions d'arbitrage, en particulier dans l'affaire de l' « Accessory Transit Company », qui opposait les Etats-Unis au Nicaragua. Selon la convention d'arbitrage signée le 2 juillet 1860, avaient le droit de recourir devant la commission les *citoyens* des Etats-Unis (article 1). La commission constituée en vertu de cette convention établit que les réclamants devaient prouver rigoureusement leur nationalité et refusa la demande présentée par un ressortissant des Etats-Unis en sa qualité de « receiver » de l' « Accessory Transit Company », société constituée selon les lois du Nicaragua par des personnes figurant dans l'acte constitutif comme citoyens des Etats-Unis. Peu importait pour la commission la nationalité américaine des actionnaires. « La société, n'ayant la personnalité juridique qu'en vertu d'une fiction de l'Etat du Nicaragua (c'est-à-dire ayant la nationalité du Nicaragua), n'a pas accès à la Commission », déclara celle-ci (211).

3° *Affaire des expropriations françaises (Daniel c. Commissaires pour les réclamations contre la France et Long c. Commissaires)* (212) :

La Commission créée en 1899 pour juger les réclamations présentées par des sujets britanniques contre la France après les expropriations faites par l'Etat français adopta la même position. Elle jugea qu'une société créée par des sujets britanniques en France et sous le contrôle de la France était un « établissement français », malgré la nationalité britannique des associés. Dans le premier cas (213), la société était formée pour des buts non autorisés par la loi britannique, mais cette particularité n'exerça aucune influence sur le point de droit exprimé ci-dessus. Le Tribunal (le Privy Council) déclara également que même les membres d'une telle société, en tant qu'individus, ne pouvaient obtenir réparation. Mais la question posée sous cet angle relève de la protection des associés *ut singuli* et ne nous intéresse pas ici. Ce qui est important pour nous, c'est de constater que, dans ce cas encore, la nationalité de la société fut considérée comme indépendante de la nationalité étrangère de ses associés.

---

(210) La Pradelle et Politis, *op. cit.*, II, p. 130.

(211) *Ibid.*, p. 130 ; v. aussi Sereni, « La cittadinanza... », *précit.*, p. 185.

(212) Cas rapportés par Phillimore (Sir Robert), *Commentaries upon international Law*, vol. III, 2e éd., § 578, pp. 858-859.

(213) Daniel c. Commissaires, 2 Knapp's Privy Council Report, p. 23.

4° *Affaire de la Compagnie consignataire du Guano* (214) :

L'arrêt a été rendu par une commission d'arbitrage instituée entre le Chili et la France pour la même raison que celle qui avait été instituée entre les Etats-Unis, puis la Grande-Bretagne, et le Chili, c'est-à-dire à la suite des réclamations nées de la guerre civile. La commission avait été créée par un traité en date du 19 octobre 1894, signé à Santiago (215). La société en question, la Compagnie consignataire du Guano, avait son siège au Pérou, mais un certain nombre de ses actionnaires étaient étrangers. Le tribunal arbitral détermina ainsi la nationalité de la Compagnie :

> « Il est nécessaire de considérer comme déterminant du point de vue de la nationalité la loi sous la règle de laquelle la personne morale, corporation, société anonyme, est formée, et de laquelle sa capacité dépend ; c'est-à-dire, communément, la loi en vigueur à son siège principal ; il s'ensuit que la Compagnie consignataire est une société péruvienne, puisqu'elle est gouvernée par la loi péruvienne, et que son siège principal est à Lima ; ...il importe peu de ce point de vue qu'un certain nombre de ses actionnaires soient étrangers au Pérou » (216).

5° *Affaire de la Compagnie générale des eaux* (217) :

Il s'agit d'une décision rendue par un des tribunaux arbitraux mixtes créés en 1903 pour connaître des réclamations présentées contre le Venezuela par des citoyens et personnes morales de Belgique, d'Allemagne et des Pays-Bas. Dans l'affaire « Compagnie générale des eaux », qui opposait la Belgique au Venezuela, il fut jugé, comme dans toutes les affaires que nous avons vues jusqu'ici, que la nationalité de la société était indépendante de celle de ses actionnaires.

6° *Affaire Alsop* (218) :

Cette affaire figure normalement parmi les affaires relatives à la protection des actionnaires, et c'est bien ainsi que sa seconde phase, la plus intéressante, pose le problème. Mais, dans la première phase, il ne s'agissait encore que de la société comme telle et, pour cette raison, nous en parlons ici.

Alsop était un citoyen des Etats-Unis. Avec d'autres ressortissants américains, il possédait des intérêts dans la société Alsop et

---

(214) Ralston, *Law and Procedure, précit.*, pp. 151-152, § 270.

(215) V. texte du traité dans La Fontaine, *op. cit.*, p. 480.

(216) Décisions du tribunal franco-chilien, p. 248 ; ce passage est également rapporté par Ralston, *Law and Procedure..., précit.*, p. 152.

(217) Ralston, *Venezuelian Arbitrations of 1903*, pp. 271 et 276.

(218) Moore, *Digest of International Law*, vol. III, p. 802 ; Ralston, *Law and procedure...*, n° 275 ; Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 829.

C^ie^, société de nationalité chilienne, enregistrée au Chili et ayant son siège à Valparaiso. A la suite de pertes subies par la société et imputables aux autorités chiliennes, Alsop présenta une réclamation devant la Commission mixte Etats-Unis-Chili de 1901, en tant que liquidateur. La Commission rejeta la réclamation américaine en se fondant sur le fait que la société était, en vertu de la loi chilienne, une personne juridique, une entité distincte des associés pris individuellement et que, en tant que telle, il fallait la considérer, étant donné sa nationalité, comme un « ressortissant du Chili ». La sentence ajouta seulement que le rejet de la réclamation ne préjugeait en rien des droits que les associés pourraient faire valoir en tant qu'individus, et l'affaire s'engagea alors dans une seconde phase que nous étudierons dans la seconde partie.

Retenons que, là comme ailleurs, la société est considérée par la Commission comme une entité absolument indépendante des membres qui la composent, et que la nationalité de ces membres n'influe en rien sur la nationalité de la personne morale, même s'il s'agit de protection diplomatique.

On peut encore citer comme exemples quelques arrêts moins importants tel que l'arrêt « Narcisa Sugar Company » (219), ou l'arrêt « Canada Southern Railway » (220), dans lequel il fut décidé que le transfert des actions ne peut pas influer sur la nationalité d'origine d'une société.

Jusque vers 1930, par conséquent, il se passe chez les tribunaux internationaux le contraire de ce qu'on constate dans la pratique diplomatique : seule importe la nationalité de la société comme telle, quelle que soit la nationalité des membres qui la composent. L'examen de la jurisprudence internationale nous fait-il donc aboutir à une conclusion opposée à celle à laquelle nous aboutissions au terme de l'étude de la pratique diplomatique ? Non, car après 1930, une nouvelle tendance se fait jour.

Section II

L'affaire « I'm alone » et la nouvelle tendance

L'affaire « *I'm alone* » date de 1935. A vrai dire, bien avant elle, on pourrait citer un arrêt qui n'a pu être rendu dans un sens favorable à la société que grâce à la prise en considération par l'arbitre de la nationalité des actionnaires. Il s'agit de l'affaire, de nous bien connue maintenant, de l'Orinoco Steamship Company. Mais cette affaire, nous le verrons, n'est pas probante.

---

(219) Narcisa Sugar C° c. Etats-Unis, n° 139, Spanish Tribunal Claims Commission, Briefs and explanatory Notes, vol. XXIV, p. 167, cité par Borchard, « Rapport cit. », *Annuaire de l'I.D.I.*, t. 36, vol. I, p. 302.

(220) Canada Southern Railway c. Gerhard, 1883, cité par Rundstein, « *Rapport cit.* », p. 16.

Dans l'étude de la pratique diplomatique, nous avions laissé la Compagnie au moment où, pour voir sa réclamation prise en considération, elle avait dû adopter la nationalité américaine. Peu après ce changement de nationalité, à la suite de menées arbitraires du Venezuela, l'ensemble des réclamations présentées par les gouvernements des Etats-Unis et de l'Europe contre ce pays furent présentées devant une Commission. Un protocole du 17 février 1903 (221) renvoya à l'examen d'une Commission mixte « toutes les réclamations possédées (« owned », « poseidas ») par des citoyens des Etats-Unis d'Amérique » contre le Venezuela et qui n'auraient pas encore été réglées, dont celle de l'Orinoco.

Dans son mémoire écrit, le gouvernement vénézuélien contesta la compétence de la Commission pour connaître de la réclamation de la société : d'après le principe fondamental du droit de la responsabilité internationale, la réclamation doit être continuellement nationale dans la personne de son titulaire ; tel n'était pas le cas de la réclamation en question, puisque le dommage avait été infligé à l'Orinoco Shipping and Trading Company, société anglaise.

Le surarbitre hollandais Barge décida que la Commission avait compétence pour connaître de l'affaire, en dépit du fait que la société, à l'origine, était anglaise. Il ne contesta pas l'existence de la règle coutumière bien établie, suivant laquelle une demande doit rester constamment nationale dans la personne de son titulaire de son origine à sa présentation, mais il estima que cette règle pouvait être écartée par une disposition conventionnelle et que tel était le cas, la réclamation ayant été transférée par les Anglais à la Compagnie américaine le 1er avril 1902 et le protocole de réclamations ayant été signé dix mois plus tard.

En fait, on peut interpréter la décision positive de l'arbitre comme justifiée par la prise en considération de la nationalité des actionnaires, qui, eux, avaient toujours été américains. Cependant, on ne peut tirer de conclusion de cette affaire, qui n'est pas probante : en effet, l'intention commune des parties avait été décisive et l'une des principales raisons qui avaient abouti à la signature du protocole de 1903 avait été l'examen des réclamations de l'Orinoco Steamship Company. D'autre part, le compromis obligeait la Commission à statuer « sur la base de l'équité absolue, sans tenir compte d'objections de nature technique ou des dispositions de la loi locale ».

Avant l'affaire « *I'm alone* » on peut encore citer une affaire dans laquelle fut appliquée la théorie du contrôle. Il s'agit de l'affaire « Compagnie d'Electricité de Varsovie » (222), qui opposait la

(221) Texte chez Descamps et Renault, *Recueil des traités du* XXe *siècle*, 1903, p. 554.

(222) O.N.U., *Rec. cit.*, vol. III, p. 1683.

France à la Pologne. Une convention avait été signée entre ces deux pays le 6 février 1922. La sentence fut rendue le 24 novembre 1932 à Amsterdam. Elle s'exprime ainsi :

> « En ce qui concerne la soi-disant (*sic*) nationalité des sociétés, la Convention a adopté le système dit du « contrôle », c'est-à-dire qu'elle considère comme sociétés françaises ou sociétés polonaises celles dont la majorité du capital-actions appartient à des ressortissants français ou à des ressortissants polonais » (223).

Cependant, là encore, cette affaire n'a qu'une valeur relative, puisque le système du contrôle avait été retenu à l'origine par la Convention signée entre les deux pays. D'une tout autre importance est l'affaire « *I'm alone* ».

— *L'affaire « I'm alone »* (224) :

L'origine de l'affaire remonte à 1929. Le 22 mars de cette année-là, le *I'm alone*, un schooner anglais enregistré au Canada, fut coulé dans le Golfe du Mexique par un garde-côte américain, le *Dexter*, d'un coup de canon. Il se trouvait en haute mer, à plus de 200 miles de la côte des Etats-Unis. Ce navire se livrait à la contrebande de l'alcool, en violation d'un traité (liquor-treaty) signé entre le Canada et les Etats-Unis. L'aventure avait commencé deux jours avant. Le *I'm alone* avait été hélé par le garde-côte américain *The Wolcott* à un endroit dont la localisation ne fut jamais déterminée, mais qui était, on l'a admis, au-delà de la limite de 3 miles de la côte américaine. Le *I'm alone* avait refusé de s'arrêter ou de se laisser aborder, et s'était rapidement dirigé vers la haute mer, poursuivi par le *Wolcott*. La poursuite dura environ deux jours, et le *Wolcott* fut rejoint par un autre garde-côte américain, le *Dexter*. C'est ce dernier qui coula le *I'm alone*. L'envoi par le fond ne fut pas accidentel. Il fut intentionnel, parce que le *I'm alone* refusait de s'arrêter et de se laisser aborder et fouiller.

Conformément à l'article 4 du traité signé entre les Etats-Unis et le Canada en 1924, la réclamation canadienne fut portée devant une commission mixte. Auparavant, une correspondance diplomatique fut échangée entre les deux pays, mais le Canada soutenait que le coulage du *I'm alone* était illégal et non justifié par quoi que ce fût dans le traité. Les deux gouvernements, incapables de s'entendre, soumirent la réclamation à la commission prévue. Les Etats-Unis désignèrent Willis van Devanter, « Associated Justice » de la Cour suprême, et le Canada Sir Lyman Poore Duff, « Chief Justice » de la Cour suprême canadienne.

---

(223) *Ibid.*, p. 1683.

(224) Fitzmaurice, « The case « I'm alone » », *B.Y.I.L.*, 1936, p. 82 ; O.N.U., *Rec. cit.*, vol. III, pp. 1614 à 1618 ; Hackworth, *op. cité*, vol. II, p. 757.

Tout l'intérêt de l'affaire réside dans le fait que, ainsi qu'il apparut au cours des débats, le schooner *I'm alone* avait bien été enregistré au Canada, conformément aux dispositions du droit canadien, qu'il était la propriété d'une société de droit canadien, également enregistrée au Canada, mais que, en fait, la société canadienne détenait le navire en qualité de « trustee » pour le compte de citoyens américains qui, seuls, retiraient des bénéfices de l'exploitation du navire. Ce sont ces citoyens américains qui, par l'intermédiaire de la société canadienne, détenaient la propriété finale et utile du navire (ultimate or beneficial ownership). Le nœud de l'affaire résidait dans cette question de l' « ultimate or beneficial ownership ». Voici comment les choses se passèrent devant la Commission.

Pour commencer, le Canada avait posé trois questions. Les deux dernières, relatives au droit de poursuite, ne nous intéressent pas. La première question, en revanche, avait trait précisément au droit de la commission de rechercher l' « ultimate or beneficial ownership » :

> « La première question est de savoir si la Commission peut rechercher la propriété finale et utile du *I'm alone* ou des actions de la société qui possédait le navire. Si la Commission est autorisée à faire cette recherche, une question nouvelle se posera quant à l'effet de la propriété et du contrôle indirect de citoyens des Etats-Unis sur la réclamation... » (225).

Et le gouvernement canadien contestait que les Commissaires pussent rechercher cet « ultimate or beneficial ownership » du *I'm alone*. Le navire était sans aucun doute un navire enregistré au Canada, et possédé par une société canadienne. L'article 4 du traité établissait que « toute réclamation pouvait être portée devant la Commission, et qu'aucune exception n'était faite sur le motif de l' « ultimate or beneficial ownership » ».

En réponse, les Etats-Unis soutenaient que la Commission avait le droit de rechercher le « beneficial ownership ».

La conclusion fut positive :

> « Les Commissaires pensent qu'ils ont le droit de rechercher la propriété finale et utile du *I'm Alone* et des actions de la société possédant le navire » (226).

---

(225) The first question is whether the Commissionners may inquire into the beneficial or ultimate ownership of the *I'm alone* or of the shares of the corporation that owned the ship. If the Commissionners are authorized to make this inquiry, a further question arises as to the effect of indirect ownership and control by citizens of the United States upon the claim... » (FITZMAURICE, *loc. cit.*, p. 86).

(226) « The Commissionners think they may inquire into the beneficial or ultimate ownership of the *I'm alone* and of the shares of the Corporation owning the ship »... (FITZMAURICE, *loc. cit.*, p. 89).

La Commission entreprit donc les recherches nécessaires et découvrit successivement que le schooner avait été enregistré au Canada, qu'il était bien la propriété d'une société canadienne, mais que la propriété finale et utile appartenait à des ressortissants des Etats-Unis. Cela dit, il n'y avait aucune fraude, ni dans l'enregistrement du navire, ni dans celui de la société. Mais, devant cette situation de fait, le gouvernement américain soutenait que la demande était irrecevable, puisque l'indemnité réclamée par le Canada profiterait aux citoyens américains indirectement propriétaires :

« Nous tenons pour établi que, à partir de septembre 1928 jusqu'au moment où il a été coulé, le *I'm alone*, bien qu'étant un navire britannique enregistré au Canada, était, en fait, dans la possession, sous le contrôle et, à la date critique, sous la direction d'un groupe de personnes agissant de concert qui, dans leur quasi-totalité, étaient des ressortissants des Etats-Unis, lesquels dirigeaient les mouvements du navire et disposaient de sa cargaison. L'éventualité que l'une d'entre elles n'ait pas eu la nationalité américaine est considérée par nous comme négligeable en la circonstance » (227).

Dans son rapport du 5 janvier 1935, la Commission mixte a fait droit au raisonnement du gouvernement américain en repoussant la demande canadienne :

« Les Commissaires considèrent que, eu égard à ces faits, aucune réparation n'est due pour la perte du navire ou de la cargaison » (228).

La décision de la Commission a une valeur d'autant plus grande qu'il avait été reconnu, d'autre part, que le torpillage d'un navire battant pavillon canadien constituait en soi une violation directe du droit international et que, en conséquence, le Canada pouvait légitimement prétendre à une réparation.

Il s'agit là d'une décision extrêmement importante. On peut apporter, comme le fait Fitzmaurice, quelques restrictions à sa signification, on peut tirer de l'affaire des conclusions autres que celles qui se rapportent à notre sujet. Fitzmaurice écrit, en effet, que

---

(227) « We find as a fact that, from September, 1928, down to the date when she was sunk, the *I'm alone*, although a British ship of Canadian registry, was de facto owned, controlled, and, at the critical time, managed and her movements directed and her cargo dealt with and disposed of, by a group of persons acting in concert who were entirely, or nearly so, citizens of the United States. The possibility that one of the group may not have been of U.S. nationality we regard as no importance in the circumstances of this case » (O.N.U., *Rec. cit.*, III, pp. 1617-1618, et FITZMAURICE, p. 93).

(228) « The Commissionners consider that, in view of the facts, no compensation ought to be paid in respect of the loss of the ship or the cargo ». (O.N.U., *Rec. cit.*, p. 1618).

les Commissaires n'ont pas réellement soulevé la question de la nationalité des sociétés, qu'ils n'ont parlé que de la nationalité du *navire*. Dans ces conditions, continue-t-il, il apparut que non seulement la société était canadienne, parce qu'elle était enregistrée au Canada, mais que son capital, en presque totalité, était canadien. Donc la société était incontestablement canadienne. Les Commissaires découvrirent seulement que cette entité canadienne ne possédait pas, « réellement », le *I'm alone*, ou que, si elle le possédait dans le sens de « avoir le legal ownership vested in it », c'était en qualité de « trustee » pour le compte de certains citoyens des Etats-Unis, qui étaient les propriétaires de fait du navire. D'où l'argumentation des Etats-Unis, conclut Fitzmaurice : si des dommages sont alloués pour compenser la perte du navire, cette somme ira dans les caisses de ressortissants des Etats-Unis. Or, ce n'est pas possible, car un gouvernement ne peut pas être obligé, par la voie d'une réclamation internationale, de payer des dommages-intérêts à ses propres nationaux. Comme le fait également remarquer le Professeur Rousseau (229), cet arrêt « est l'application aux réclamations des sociétés du principe classique du droit de l'endossement d'après lequel on ne protège jamais un réclamant à l'encontre de son propre Etat, mais transposé et adapté aux réalités recouvertes par la forme sociale ».

La décision n'a pas tranché réellement le problème de la nationalité des sociétés. Elle a résolu une question plus générale. Mais précisément, la question ainsi résolue dépassant le cadre étroit de la nationalité des personnes morales donne à cette affaire une portée considérable. Par-delà les querelles relatives au siège social, à l'enregistrement ou au contrôle, l'affaire *I'm alone*, vingt ans avant l'arrêt Nottebohm, pose la question du lien de nationalité effective. Par le mécanisme de la protection diplomatique, l'Etat fait sienne la réclamation de l'individu. Il ne peut donc endosser la réclamation que si la personne lésée est son national. Or, si la réclamation s'élève, comme dans le cas que nous venons de voir, à propos d'un dommage survenu à une société, et s'il apparaît que la propriété de fait est aux mains d'un ressortissant d'un autre Etat, bien que la propriété légale soit investie chez un ressortissant de l'Etat réclamant, alors on peut dire que ce dernier n'a pas subi de dommage en la personne de son national. Il n'a donc pas droit à indemnité.

L'affaire *I'm alone* a donc « soulevé le voile ». La Commission ne s'est pas laissé abuser par les formes juridiques. Elle est allée même plus loin que la théorie du contrôle, ou, plus exactement, elle a posé le problème en termes d'*effectivité*. L'évolution est considérable par rapport à la jurisprudence antérieure : il est toujours admis

(229) Rousseau (Ch.). « Principes de droit international public », *Rec. Cours*, 1958, I, p. 531.

qu'une société a la nationalité de l'Etat dans lequel elle s'est constituée et où elle a son siège social ; ce qui n'est plus admis, c'est qu'un Etat puisse protéger une société nationale dont le capital appartient en majorité à des ressortissants étrangers, *a fortiori* si ce sont des ressortissants de l'Etat défendeur. La conception traditionnelle jusqu'alors, qui faisait de la société une entité juridique abstraite, entièrement indépendante des personnes physiques la composant, est abandonnée. Avec le Professeur Rousseau, concluons que, grâce à cette décision, « la société redevenait... ce qu'elle n'aurait jamais dû cesser d'être : une forme d'organisation économique permettant à des personnes physiques de réunir des capitaux, de créer des entreprises et de réaliser des bénéfices » (230).

— *Affaire « Agency of Canadian Car and Foundry C° »* (231) :

Pourtant, et cela prouve combien il est difficile de bâtir une théorie cohérente en matière de protection diplomatique des sociétés, quatre ans après, en 1939, une sentence allant apparemment à l'encontre de l'opinion émise par les rapporteurs de l'affaire « *I'm alone* » était rendue par la Commission germano-américaine dans l'affaire « Agency of Canadian Car and Foundry Company ». Néanmoins, nous le verrons, l'opposition entre cette sentence et l'affaire « *I'm alone* » n'est pas totale.

Dans cette affaire, le Gouvernement américain avait présenté une réclamation au profit d'une société enregistrée à New-York, la « Canadian Car and Foundry Company ». Mais, au cours des débats, il apparut que la totalité des titres appartenait à une société canadienne. Qu'allait-il alors advenir de la réclamation ?

Devant la Commission mixte de réclamations germano-américaine, devant laquelle avait été présentée la réclamation, et qui avait été instituée par un accord en date du 10 août 1922, l'agent allemand contesta le droit aux Etats-Unis de présenter une réclamation au nom de la société, puisque le capital de cette dernière était possédé par une société canadienne. Le délégué américain, quant à lui, protesta, en développant comme suit certains faits sur lesquels le gouvernement se fondait pour l'endossement de la demande :

1) le réclamant avait toujours eu son siège social et ses bureaux à New-York ;

2) avant que survienne le dommage, ladite société réclamante employait plus de 140 personnes dans son seul bureau de New-York ;

3) au moment du dommage, la société employait directement de la main-d'œuvre américaine ;

4) plusieurs autres détails enfin prouvaient que la société entretenait des relations assez étroites avec les Etats-Unis.

---

(230) Rousseau, *loc. cit.*, p. 530.
(231) Hackworth, *op. cit.*, vol. V, p. 833.

Le délégué américain précisait encore que :

1) au moment de la demande, les actions de la Canadian Car and Foundry Company étaient détenues dans la proportion de 30 % environ par des citoyens américains ; 30 % étaient aux mains de citoyens canadiens, et 40 % aux mains de citoyens britanniques ;

2) au moment même où il parlait, les actions détenues par des citoyens américains constituaient environ 45 % du capital de la société.

Le délégué concluait que la motion du délégué allemand devait être rejetée et qu'une sentence devait être rendue en faveur de la société réclamante.

Enfin, chose curieuse si l'on connaît les tendances de la pratique diplomatique américaine, le délégué se fondait sur plusieurs décisions de la Cour suprême des Etats-Unis (232) pour déclarer que, en général, le fait que le capital d'une société soit possédé par des étrangers ne lui enlevait rien de son caractère national et que, par conséquent, une réclamation pouvait parfaitement être présentée en sa faveur.

La Commission a admis la recevabilité de la réclamation des Etats-Unis au nom de l' « Agency of Canadian Car and Foundry Company » en se fondant sur la raison que « le caractère national d'une société est déterminé par la souveraineté qui lui a donné naissance ou en conformité des lois de laquelle elle a été organisée » (233).

La netteté de cette affirmation semble ne laisser planer aucune équivoque.

Apparemment, l'arrêt « Agency of Canadian Car and Foundry C° » contredit la conclusion donnée à l'affaire « *I'm alone* ». Pourtant, remarquons que la société n'était pas dépourvue de tout lien avec les Etats-Unis : comme l'a souligné le délégué américain, elle y exerçait ses activités commerciales et employait de la main-d'œuvre américaine. C'est ce que font remarquer les commentateurs de l'arrêt (234), en particulier le Professeur Parry, d'après lequel ces deux derniers éléments auraient pesé aussi lourd dans la décision finale que le fait de l'incorporation de la société aux Etats-Unis

---

(232) Hamburg American C° c. U.S., 277 U.S., et Behn, Meyer and C° c. Miller, Alien Property Custodian, 266 U.S. 457.

(233) « The claimant has standing before the Commission ; the Commission has jurisdiction of the claim... ; the motion of the German agent... [must] be dismissed, and... the claimant is entitled to an award », déclara le surarbitre Roberts dans sa décision du 30 octobre 1939. (HACKWORTH, *op. cit.*, V. pp. 836-837).

(234) P. de VISSCHER, « La protection...», *précit.*, p. 456.

(235). En dernière analyse, ne peut-on pas dire que ces éléments étaient le signe de l'*effectivité* de la nationalité américaine de la Compagnie et que, finalement, cet arrêt n'est pas si éloigné qu'il paraît de l'affaire « *I'm alone* » ?

Tout d'abord, remarquons que si le Département d'Etat a accepté d'endosser la réclamation de la Compagnie, c'est qu'une raison particulière autre que la simple incorporation aux Etats-Unis l'a déterminé à agir ainsi. Ce que nous connaissons de la pratique américaine nous autorise à l'affirmer. Mais, surtout, nous trouvons dans le rapport du délégué américain un passage qui nous permet d'adopter cette position sans crainte du paradoxe. Le délégué fait en effet remarquer que, même si les faits allégués par l'Allemagne sont exacts, même s'il y a contrôle par la Compagnie canadienne, ce contrôle n'est que « lointain » (« remote »), alors que le contrôle « *direct* et *effectif* » est dans la société new-yorkaise (236).

« Effectif », le mot est bien là, et ce n'est certainement pas un hasard. Evidemment, la majorité des actions appartenait à la société canadienne. Mais, dans l'affaire de l'*I'm alone*, la sentence de la Commission ne s'est pas fondée non plus sur la nationalité des détenteurs d'actions : dans ce cas, la réclamation aurait été admise. L'effectivité correspond à une notion plus complexe que la répartition du capital social. Elle s'apprécie d'après tous les éléments de fait.

Une seule chose s'oppose à ce que nous puissions identifier l'arrêt « Agency of Canadian Car and Foundry C° » et l'affaire « *I'm alone* », c'est l'affirmation de la Commission suivant laquelle « le caractère national d'une société est déterminé par la souveraineté qui lui a donné naissance ou en conformité des lois de laquelle elle a été organisée ». Un point d'opposition irréductible subsiste donc entre les deux arrêts. C'est pourquoi nous disions qu'il est si difficile de bâtir une théorie cohérente et totalement explicative en matière de protection diplomatique des sociétés. C'est pourquoi aussi la division que nous avons adoptée au cours de ce chapitre entre « ancienne tendance » et « nouvelle tendance » doit s'enten-

---

(235) « In U.S. (Agency of Canadian Car and Foundry C°) v. Germany..., the successful prosecution by the United States of a claim on behalf of an American incorporated but Canadian owned Company was based equally upon other links with the claimant States besides that of incorporation, such as that the Company employed American labour and traded in the United States (PARRY Cl., « Some considerations upon the protection of individuals in international law », *Rec. Cours*, 1956, II, pp. 703-704).

(236) « Even under the facts as alleged by the German Agent in his brief, it would seem clear, as held by the New-York Courts, that, while there may be said to be some form of *remote* control in the parent Company, the *direct effective* control of the claimant Company was in the New-York Corporation and not in the Canadian Corporation ». (HACKWORTH, *op. cit.*, V, p. 836).

dre d'une manière très souple. Il ne s'agit bien, en effet, que d'une « tendance », et non d'une position nettement affirmée.

— *Conclusion : l'affaire de la* Barcelona Traction.

L'arrêt qui sera rendu dans cette affaire par la Cour internationale de Justice sera de la plus haute importance. On se rappelle les positions des parties : la Belgique est intervenue au nom de la société « Barcelona Traction » non pas au titre normal de la nationalité, mais au titre du contrôle, puisque la nationalité de la société est celle du Canada.

La Belgique reproche à l'Espagne d'avoir contrarié, entre 1930 et 1936 et entre 1940 et 1944, les activités de la société par des restrictions de change, d'avoir mis en faillite ladite société en 1948 d'une manière que la Belgique qualifie d'illégale, d'avoir paralysé les recours judiciaires devant lesquels la Barcelona Traction aurait pu faire valoir ses droits, enfin d'avoir procédé sans attendre à la vente de tous les biens qui constituaient la masse de la faillite.

A ces griefs, le Gouvernement espagnol répond :

— que la Barcelona Traction a commis de nombreuses irrégularités d'une gravité indéniable : caractère fictif du capital social et de ses augmentations successives ; dissimulation de l'identité des véritables fondateurs de la société ; complicité intentionnelle du groupe social, la coexistence de quatorze sociétés différentes pour l'exploitation d'une entreprise unique située en Espagne facilitant les irrégularités ultérieures, et la dualité artificiellement entretenue entre la société-mère canadienne Barcelona Traction et sa filiale espagnole Ebro aggravant cette situation initiale ; exportation clandestine de capitaux ; irrégularités dans la tenue de la comptabilité ; réduction artificielle du montant des bénéfices effectivement réalisés ; surestimation fictive de l'actif ; majoration des déficits réels... ;

— que le jugement de faillite est parfaitement fondé en droit et exclusif de tout déni de justice ;

— que des restrictions, et même des interdictions, venant d'un gouvernement dans l'octroi de devises à une société industrielle ou commerciale ne constituent pas, en droit international, une raison valable permettant au débiteur d'un emprunt de se soustraire à ses obligations (237) ;

— que le tribunal de Reus — ville où se trouvait le siège social d'une des filiales de la Barcelona Traction — avait compétence pour prononcer la faillite. Que, de toute manière, l'attribution à un juge unique de la compétence nécessaire pour prononcer la faillite des diverses sociétés reliées à la Barcelona Traction est conforme au principe de l'unité et de l'universalité de la faillite ;

---

(237) V. Cour d'appel mixte d'Alexandrie, 2 mars 1927, *Gazette des Tribunaux mixtes*, 1926-1927, p. 55.

— que la Barcelona Traction n'a utilisé aucune des six voies de recours offertes par le droit espagnol, c'est-à-dire : opposition, appel, recours de remise en jugement, recours en révision, action en responsabilité civile, recours d'audience, et que, par conséquent, elle est dans l'impossibilité légale d'attaquer le jugement de faillite prononcé à son encontre en 1948.

On le voit, toutes les questions (théorie des mains propres, principe de l'épuisement préalable des recours internes) se trouvent réunies dans cette affaire. Les objections de l'Espagne constituent déjà des arguments de fond. Mais de toute manière, pour le gouvernement espagnol, la Belgique n'est pas qualifiée pour intervenir au nom de la société. La société ayant, en effet, la nationalité canadienne, le seul gouvernement internationalement qualifié pour la protéger est le gouvernement canadien.

D'autre part, dans un procès-verbal signé à Madrid le 11 juin 1951, les gouvernements espagnol, britannique et canadien ont reconnu que l'attitude des autorités espagnoles envers la Barcelona Traction était « pleinement justifiée », la société ayant plusieurs fois refusé de donner à l'Espagne les justifications nécessaires concernant les charges financières invoquées à l'appui des demandes de devises.

Enfin, l'Espagne estime que l'insuffisance des intérêts belges prétendument lésés ne peut justifier une intervention déjà injustifiée en droit.

Nous l'avons dit, l'arrêt sera rendu au plus tôt à la fin de 1965, peut-être seulement en 1966. Jusqu'à maintenant, on ne peut faire état que d'un seul élément. Entre le 7 août 1962, date d'introduction de la nouvelle requête de la Belgique, et le 15 mars 1963, date limite qui lui avait été fixée pour ce faire, l'Espagne avait déposé quatre exceptions préliminaires visant à prier la Cour de dire et de juger qu'elle est incompétente pour connaître ou décider des demandes formulées par la requête et le mémoire du gouvernement belge, et de déclarer la requête irrecevable. Or, par un arrêt du 24 juillet 1964, la Cour a rejeté les deux premières exceptions préliminaires du gouvernement espagnol et joint au fond les deux dernières. L'affaire suivra donc son cours. La date d'expiration du délai pour le dépôt du contre-mémoire de l'Espagne est fixée au 1er juillet 1965 (238).

Au moment où nous écrivons, il est trop tôt pour en dire plus. Nous n'avons d'ailleurs esquissé que les très grandes lignes de l'affaire. Il sera du plus haut intérêt, lorsque le verdict sera rendu et que l'ensemble des documents sera accessible, de reprendre l'affaire à la base et de l'examiner en détail. Néanmoins, on peut d'ores et déjà dire qu'elle présente une importance de premier rang ;

---

(238) « Barcelona Traction, Light and Power Company Limited », Ordonnance du 28 juillet 1964, C.I.J., *Rec.* 1964, p. 168.

mieux : que toutes les affaires discutées jusqu'ici en matière de protection diplomatique des sociétés sont peu de chose par rapport à elle. Les rapports complexes entre les différentes sociétés, le jeu des sociétés-mères et des sociétés filiales, l'interpénétration des intérêts font que, sous le couvert d'un problème de protection diplomatique, c'est la structure même de l'économie capitaliste qui se trouve mise en cause. On comprend dès lors combien le sujet est d'un intérêt dominant et combien aussi son caractère est délicat.

Quoi qu'il en soit, le moment est venu de nous pencher sur les constatations que nous avons pu faire au cours de l'analyse de la jurisprudence et de la pratique diplomatique et de nous demander si, parmi les théories proposées pour rendre compte de phénomènes reconnaissons-le assez contradictoires, nous pouvons en trouver une qui permette, sinon d'en faire une peinture cohérente, du moins d'en présenter une explication.

Titre III

ESSAI DE CONSTRUCTION (PROBLEME DU LIEN D'ALLEGEANCE REQUIS POUR LA PROTECTION DIPLOMATIQUE D'UNE SOCIETE)

Aux questions que nous nous posions à la fin du Titre I, avant l'examen de la pratique, nous avons maintenant la réponse. Seule la jurisprudence internationale telle qu'elle se présente avant 1930 accepte de ne considérer que l'entité abstraite formée par la personne morale qu'est la société. Cette position a l'avantage de la simplicité, mais on peut penser à juste titre qu'il s'agit là d'une conception critiquable puisque prisonnière de formes juridiques qui masquent la réalité. Sans aucun doute, elle appartient désormais au passé. Ainsi que le fait remarquer le Professeur Rousseau (239) dans une formule d'une concision et d'un pertinence remarquables : « Dans tout ordre juridique, spécialement dans l'ordre international, le conflit entre l'apparence et l'effectivité se résoud nécessairement à la longue au profit de cette dernière. Les fictions, même légales, n'ont qu'un temps et la soumission au réel constitue toujours en fin de compte le plus rigoureux des impératifs. »

Aucune évolution ne pourrait illustrer cette formule mieux que celle que nous venons de décrire. Dès 1935, la jurisprudence, bien que se fondant toujours sur le lien de nationalité, considérait celui-ci comme insuffisant s'il n'était pas doublé par l'effectivité. Quant à la pratique des Etats, elle ne s'est jamais appuyée, pour présenter une réclamation au nom d'une société, que sur l'intérêt substantiel. Si, jusqu'à ces dernières années, elle se croyait encore obligée de justifier son intervention par l'existence du lien de nationalité, ce dernier, depuis quelque temps, n'est même plus considéré comme nécessaire.

Il s'agit là d'un fait acquis, bien connu, qu'aucun auteur ne songe à discuter. Certains même, tel le Professeur Parry, vont très loin en ce sens : « En ce qui concerne les sociétés, écrit-il, il n'apparaît pas qu'il y ait un seul exemple dans lequel un Etat ait réussi en réclamant, ou en tentant de réclamer, au nom d'une société en s'appuyant sur le seul fait qu'elle était incorporée sous ses lois » (240). Et, plus loin, il ajoute : « On peut au moins avancer que tous

---

(239) « Principes ... », *précit.*, p. 526.

(240) « Some considerations... », *précit.*, p. 703.

les cas d'apparente protection des sociétés sont en réalité des cas de protection des actionnaires nationaux de l'Etat réclamant » (241).

Et cela n'a rien d'anormal. Borchard n'écrit-il pas que la société n'est qu'un « manteau », qu'un dommage causé à cette forme comme telle « n'est qu'une pure fiction », que ce sont « des hommes qui retirent du bénéfice de l'organisation constituée sous la forme d'une société » ? Que, dans ce domaine, les éléments de fait aient le pas sur la théorie est donc parfaitement justifié. Mais alors, il est une question que nous nous posions à la fin du Titre I et à laquelle nous n'avons pas encore répondu : peut-être découvrira-t-on, écrivions-nous, que les éléments de fait sont effectivement pris en considération et que c'est, en fin de compte, sur le critère du contrôle que se fonde la pratique ; dans ce cas, la raison et la justice y trouveront mieux leur part; mais tel ne sera pas le cas de la logique juridique, qui pourra être choquée que, en dépit des règles formulées par le droit international privé et le droit international public, la notion de nationalité se révèle si curieusement souple quand il s'agit de protection diplomatique des sociétés. Comment expliquer ce phénomène ?

C'est à cette question qu'il nous faut maintenant répondre. Le Professeur Paul de Visscher, dans son cours de La Haye (242), écrit que, en matière de protection diplomatique des sociétés, le lien de nationalité est nécessaire, mais non pas suffisant. C'est bien ainsi que se présente le problème, et la remarque est formulée avec un particulier bonheur. Mais ce n'est là qu'une constatation, non une explication.

Des deux tentatives de codification qui ont été faites, aucune ne propose de solution satisfaisante.

La première date de 1927 et eut lieu dans le cadre de la Société des Nations (243). Le comité d'experts pour la codification progressive du droit international avait chargé un sous-comité « d'examiner, en vue de solutions internationales conventionnelles, la question de la nationalité des sociétés de commerce, ainsi que la détermination de l'Etat auquel appartient, à leur égard, le droit de protection diplomatique ». Le sous-comité était composé de M. Rundstein, rapporteur, et de MM. Guerrero et Schücking.

Dans son rapport, le sous-comité passe d'abord en revue les problèmes relatifs à la nationalité des sociétés. Il retient la notion de

(241) *Ibid.*, p. 704.

(242) « La protection... », *précit.*, pp. 446 à 462.

(243) V. Rundstein (S.), « Rapport du sous-comité d'experts pour la codification progressive du droit international sur la nationalité des sociétés commerciales et leur protection diplomatique », *Publications de la Société des Nations*, C 207 M 81, 1927, V.

nationalité comme « une conception commode pour traduire certaines solutions reconnues avantageuses » (244), puis conclut en retenant comme critère de détermination le siège social et la loi du lieu de constitution, après avoir éliminé sans appel la théorie du contrôle : « ...de telle sorte, on pourrait poser la règle générale que la nationalité des sociétés de commerce se détermine d'après la loi de leur constitution (le lieu où l'acte même de la constitution est passé étant indifférent) et d'après le siège social réel dont la qualification juridique est soumise à la loi susmentionnée de leur formation » (245).

Abordant le problème de la protection diplomatique, le rapport retient le principe, excellent en soi, que, pour couper court à tout conflit, un critère uniforme devrait être choisi. Mais, fidèle à son point de vue, c'est le principe du siège social qu'il retient : « ...si le critère de la nationalité était réglé uniformément par convention générale, les questions controversées se rapportant à l'admissibilité de la protection seraient écartées. La loi de la constitution et le siège social réel étant la base solide de la nationalité, l'étendue de la protection pourrait être strictement limitée. Toutes les prétentions relatives à la nationalité des associés seraient à éliminer, point de vue maintes fois reconnu par les chancelleries, mais donnant lieu néanmoins à des controverses. Il est entendu que la reconnaissance du droit de protection diplomatique à l'égard des sociétés ne préjuge en rien de la protection des particuliers intéressés de quelque manière que ce soit à ces groupements. Mais, dans ce cas, il ne s'agit pas de la protection des sociétés comme telles... » (246).

Le rapport n'en reconnaît pas moins — et ne pas le reconnaître aurait été nier l'évidence — que les gouvernements n'interviennent en faveur d'une société nationale que si leurs ressortissants possèdent dans ladite société un intérêt substantiel. Mais il n'en tire aucune conclusion et veut, au contraire, réagir contre cette tendance. C'est s'enfermer dans la contradiction et vouloir aller à contre-courant. Ce rapport reste donc prisonnier des conceptions anciennes : il ne résoud le problème qu'en l'esquivant.

La seconde tentative de codification, faite dans le cadre des sessions de l'Institut de Droit international, présente un intérêt beaucoup plus grand (247). Le rapport, présenté par Borchard à la session de Cambridge en juillet 1931, a trait à la protection diplomatique des nationaux en général. Mais une large part est faite au

(244) *Rapport cit.*, p. 6.
(245) *Ibid.*, p. 9.
(246) *Ibid.*, p. 15.
(247) V. Borchard (E. M.) : « Rapport à l'Institut de droit international sur la protection diplomatique des nationaux à l'étranger », *Annuaire de l'Institut*, t. 36, vol. I (Session de Cambridge, 1931), pp. 293 et s., et t. 37 (Session d'Oslo, 1932), pp. 235 et s.

problème des sociétés. Un rapport complémentaire fut présenté à la session d'Oslo, en août 1932.

Ce rapport aborde la question en adoptant le plan classique : remarques relatives à la nationalité des sociétés et à sa détermination ; problèmes de la protection des sociétés comme telles ; protection des actionnaires enfin. Loin de prétendre, comme le rapport de la Société des Nations, imposer aux Etats une règle plus ou moins artificielle, le rapport de Borchard fait la part des tendances permanentes de la pratique diplomatique et des tendances plus nouvelles de la jurisprudence internationale. Borchard, pour sa part, marque quelque préférence pour l'ancienne théorie, qui faisait prévaloir la personnalité des sociétés : cela ne l'empêche pas de faire, dans son rapport, d'importantes concessions aux nouvelles idées. C'est dans ce rapport que se trouve la fameuse expression si souvent citée : « Soulever le voile de l'organisation sociétaire. » Certes, la théorie du contrôle est écartée. Mais, et cela est significatif, le rapporteur propose en conclusion de déterminer l'Etat qualifié pour protéger une société par les deux critères conjoints du siège social — ou de l'enregistrement — et de l'intérêt substantiel. Cette proposition fut adoptée définitivement à la session d'Oslo ; elle forme la conclusion de la Règle 6 :

> « ...étant entendu enfin qu'au moment de la présentation de la demande il doit exister des raisons plausibles de croire que plus de 50 % des actionnaires ou des autres personnes ayant un intérêt bénéficiaire dans la société sont des nationaux de l'Etat demandeur » (248).

Elle est justifiée par des considérations préalables que nous reproduisons intégralement parce qu'elles font exactement le point de la question :

> « Le fait que la nationalité des sociétés est une question fort discutée et sur laquelle l'accord n'est pas réalisé, et que la pratique en ce qui concerne la protection des actionnaires et des sociétés a varié — certains protocoles et traités (ou décisions) appuient les réclamations au profit de la société, quelle que soit la nationalité des actionnaires, d'autres appuient une demande au profit des actionnaires, quelle que soit la nationalité de la société, et d'autres encore exigent que les actionnaires nationaux possèdent plus de 50 % du capital de la société, — a entraîné la nécessité, s'il y avait lieu d'approuver une règle sur la matière, de proposer une règle paraissant présenter des garanties

---

(248) « Rapport supplémentaire », *Annuaire de l'Institut*, t. 37, session d'Oslo, 1932, p. 250 *in fine*.

d'équité et être corroborée, tout au moins dans une certaine mesure, par la pratique des Ministères des Affaires étrangères et par la pratique arbitrale. Cette pratique et les théories à l'appui sont discutées plus ou moins en détail dans le rapport de Cambridge, pp. 295 et suiv. La règle proposée est assez conforme à la pratique et elle paraît équitable envers les divers intérêts en jeu, tant des Etats demandeurs que des Etats défendeurs » (249).

Nous sommes donc bien plus près de la réalité que dans le rapport de Rundstein. Cependant, là encore, nous ne trouvons pas d'explication au phénomène. Nous constatons seulement un état de fait auquel est adaptée une règle forgée spécialement pour la circonstance. Il nous faut donc chercher ailleurs l'explication.

Nous l'avons constaté, la nationalité telle qu'elle est définie par le droit international privé en ce qui concerne les sociétés est insuffisante dès qu'il s'agit de protection diplomatique. Nous pensons également que c'est tout à fait normal, qu'il doit en être ainsi. Nous ne pouvons, à ce propos, que souscrire à ce qu'écrit le Professeur Reuter (250) :

« La question du caractère national d'une société au regard de la protection diplomatique est distincte du problème de sa nationalité en général.

« La nationalité d'une société, au regard des problèmes de droit interne ou de droit international privé, se détermine en général par référence au système juridique suivant lequel elle a été constituée. C'est en effet la règle qui sauvegarde le mieux les intérêts de tous et la sécurité des tiers. Mais, dès qu'il s'agit du caractère ennemi en temps de guerre, d'autres considérations entrent en jeu et finalement c'est un ensemble de critères matériels, d'ordre le plus souvent économique, qui l'emporte; la même remarque est valable pour le droit fiscal international. Mais il doit en être de même en ce qui concerne la protection diplomatique, parce que celle-ci n'est pas déterminée par la nationalité formelle, mais également par une règle d'effectivité : la forme d'une société peut être étrangère aux intérêts qu'elle recouvre réellement. »

La clef du problème se trouve donc dans cette notion de « nationalité » des sociétés. Si les Etats refusent d'intervenir au nom d'une société nationale en raison de l'absence d'un intérêt substantiel possédé par leurs ressortissants, c'est que la « nationalité » de cette société ne correspond pas à une notion valable. C'est donc la notion de « nationalité » des sociétés telle que la théorie classique la définit qui est en cause. A notre avis, il n'y a qu'une théorie susceptible au moins de proposer une explication aux phénomènes

---

(249) *Ibid.*, pp. 248-249.

(250) *Droit international public*, Paris, éd. 1958, pp. 164-165.

que nous avons observés : celle qui, refusant d'appliquer aux sociétés le concept de nationalité, le remplace par la distinction entre l'allégeance juridique et l'allégeance politique. Cette théorie, en raison de son importance, justifiera que lui soit consacré un chapitre spécial. Puis, dans un chapitre II, nous en discuterons la valeur et nous ferons le point de la question.

Chapitre I

L'allégeance politique des sociétés

La démarche de l'esprit qui a conduit d'éminents juristes, et plus spécialement le professeur Niboyet, à développer la notion de l'allégeance politique des sociétés trouve sa source dans les incertitudes qui ont suivi la naissance de la théorie du contrôle.

Section I

Existe-t-il deux nationalités des sociétés ?

Nous l'avons vu dans le Titre I, la théorie du contrôle est apparue avec la première guerre mondiale, lorsqu'il se révéla que le système de détermination de la nationalité des sociétés fondé sur les critères traditionnels conduisait à d'inadmissibles situations dans le cas où des sociétés contrôlées par des ennemis, mais enregistrées ou ayant leur siège social en pays allié, pouvaient de la sorte échapper aux mesures de séquestre.

La théorie du contrôle permit de déterminer, par-delà l'apparence juridique, la réalité psychologique, économique et sociale de la société et d'aboutir, en matière de séquestre, à une plus grande objectivité. Mais, nous l'avons vu également, il y a analogie entre les exigences de la détermination du caractère ennemi et celles de la protection diplomatique. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de franchir le voile des formes juridiques pour atteindre la réalité même de l'entreprise. Quelles que soient les critiques que l'on a adressées à la théorie du contrôle, quels que soient ses inconvénients, beaucoup moins graves d'ailleurs qu'on ne l'a dit parfois, c'est bien sur elle que se fonde la pratique en matière de protection diplomatique. Il y a enfin analogie entre les exigences de la détermination du caractère ennemi et celles du droit fiscal international et, plus généralement encore, avec toutes les exigences relatives au droit public. Ce n'est qu'en ce qui concerne l'application du droit privé que les critères classiques de l'enregistrement ou du siège social sont suffisants.

La première réaction consiste à dire qu'il y aurait alors deux nationalités des sociétés : l'une de droit privé, déterminée en fonction du lieu du siège social ou de l'enregistrement ; l'autre de droit public, déterminée en fonction de la nationalité de ceux qui contrôlent la société. C'est bien ainsi que les choses se présentèrent pendant un

certain temps, et cette tendance à dissocier le lien de nationalité unissant la société à un Etat fut entretenue par diverses décisions.

La source de la distinction entre la nationalité de droit public et la nationalité de droit privé est la circulaire du Garde des Sceaux du 29 février 1916 que nous avons déjà citée à propos du contrôle et dont nous rappelons les termes : « Il ne saurait être fait état, à l'égard des sociétés, de leur nationalité d'apparence. Les formes juridiques dont la société est revêtue, le lieu de son principal établissement, la nationalité des associés, gérants ou membres du conseil de surveillance, tous les indices auxquels s'attache le droit privé sont inopérants alors qu'il s'agit de fixer, au point de vue du droit public, le caractère réel de cette société. »

La jurisprudence a fait application de cette distinction, une première fois dans un arrêt de la Cour de Paris du 7 juillet 1916 à propos de l'affaire des Mines de Barbery (251), et surtout dans un arrêt de la Chambre civile du 27 juillet 1933 (252).

Il s'agissait d'une société en nom collectif entre quatre Hollandais, constituée à Lille où elle avait son siège social. Elle avait son exploitation en France. La société réclamait des dommages de guerre conformément à la loi du 17 avril 1919. Sa qualité de française lui fut contestée et, par suite, le droit aux dommages que la loi réserve aux Français. La Cour de Douai avait, le 16 février 1931, rejeté la réclamation de la société. Cet arrêt fut cassé par la Chambre civile, non sur le fond, mais seulement du chef de la compétence ; la Chambre déclara en effet :

> « Si, en vertu d'une fiction de droit privé, les sociétés de commerce sont réputées jouir d'une personnalité distincte de celle des associés qui les composent, et si, pour les besoins du commerce juridique, il est attribué à cette personnalité fictive une nationalité déterminée par le lieu du siège social, avec les droits et les obligations qui en découlent, pareille conception ne saurait être transportée sans réserve dans le droit public, et autoriser lesdites sociétés à revendiquer, vis-à-vis de l'Etat, tous les privilèges attachés à la qualité de Français. »

Il semble donc qu'on pourrait conclure à bon droit que la nationalité des sociétés est double. Cependant, cette conception dualiste a été justement critiquée, car elle est choquante pour la logique juridique. Il est anormal de scinder la notion de nationalité, qui ne se conçoit que dans un système unitaire.

Néanmoins, pour critiquable que soit cette conception, elle nous rapproche beaucoup plus de la solution recherchée que la conception unitaire qui ne prend en considération que la nationalité formelle d'une personne morale abstraite. Elle est une étape vers la

---

(251) *Journal des Sociétés*, 1917, p. 94 ; *Clunet* 1917, p. 226.
(252) *R.D.I.P.*, 1934, p. 109 ; D.P., 1936, I, p. 125, et note Silz.

vérité et n'aboutit à l'erreur que parce qu'elle ne pousse pas l'explication jusqu'au bout.

Ce qui est exact dans cette conception, c'est que, au regard du droit public, la question de la nationalité du groupement se pose autrement qu'au regard du droit privé. Comme l'écrit très justement Charles de Visscher (253) : « Le régime unitaire, conséquence de la personnalité, avec la concentration des volontés et des responsabilités qu'elle implique, n'a, en effet, qu'une portée relative. C'est une construction juridique imposée par une fin déterminée et adaptée à cette seule fin : la poursuite du but social dans les cadres du droit privé. Ses effets juridiques ne dépassent pas le but en vue duquel l'organisation s'est constituée et qui seul justifie un certain effacement des individualités composantes devant la personnalité de la société. »

Mais, dès que l'ordre public l'exige, l'entité abstraite de la personne morale doit céder le pas à la prise en considération des éléments composants. Le droit public, par conséquent, et particulièrement le droit international, considèrent le caractère national d'une société d'une façon toute différente du droit privé. C'est bien ce qu'exprime le Garde des Sceaux dans la circulaire de 1916, c'est ce qu'ont répété les juges de la Chambre civile en 1933. La seule erreur est d'avoir voulu tirer de ces considérations des conclusions erronées tendant à dire qu'il existe deux nationalités des sociétés. Mais il n'était pas moins erroné de vouloir revenir en arrière en déclarant qu'il n'existe qu'une nationalité, déterminée par les critères traditionnels, et que la théorie du contrôle n'est qu'un critère de pure opportunité. La solution du problème est ailleurs, et il appartenait notamment à Niboyet de la dégager.

Section II

La conception de Niboyet

La conception de Niboyet se fonde en premier lieu sur le rejet du concept de « nationalité des sociétés » tel qu'il est habituellement invoqué. Mais elle présente une originalité assez grande par rapport aux conceptions d'autres auteurs qui, eux aussi, rejettent la notion de nationalité des sociétés. Nous allons voir pourquoi.

§ 1 : *Les doctrines rejetant le concept de nationalité des sociétés*

D'éminents juristes, s'opposant à d'autres juristes non moins éminents favorables à ce concept, avaient déjà démontré que les sociétés

(253) « De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée », *R.D.I.L.C.*, 1934, p. 640.

ne peuvent pas avoir une véritable nationalité. Ils font valoir en faveur de cette thèse un certain nombre d'arguments.

Le premier (254) est que ni le Code civil ni les codes étrangers ne mentionnent les personnes morales dans le chapitre de la nationalité ; que l'analogie qu'on veut leur trouver avec les personnes physiques est par conséquent purement artificielle; que la nationalité s'acquiert par le sang ou par une naturalisation, et que rien de tel ne peut se concevoir en matière de sociétés (255).

Un second argument est que la nationalité s'analyse comme l'appartenance légale à la population d'un Etat (256). Or, de ce point de vue, la population d'un Etat est composée de personnes physiques et non de personnes morales. Si, disent ces auteurs, un Etat comprend 40 millions d'individus nationaux et un million de sociétés, la population n'est pas de 41 millions, mais bien de 40 millions, ce qui prouve que les sociétés ne comptent pas parmi les nationaux de cet Etat.

Des arguments d'ordre affectif viennent corroborer les deux précédents. On fait valoir que la nationalité procède de la famille agrandie, qu'elle est faite de traditions, d'une communauté de mœurs, d'un sentiment collectif de l'histoire nationale, d'un esprit particulier aux hommes qui forment l'Etat ; que, en conséquence, elle suppose pour la patrie affection et dévouement, toutes choses qu'une société ne peut éprouver (257).

Reste un quatrième argument, le plus sérieux, d'après lequel la nationalité donne des droits politiques auxquels la société ne peut prétendre (258).

Pour les auteurs qui soutiennent cette thèse, l'idée de nationalité est, en dernière analyse, une idée purement politique, qui a pour

---

(254) Pillet, *Traité de droit international privé*, t. II, éd. 1923, n° 733.

(255) « ...les dispositions des lois sur la nationalité sont aussi éloignées que possible de tout ce que l'on peut admettre quant aux personnes civiles. La nationalité s'acquiert par le sang, elle peut s'acquérir aussi par suite d'une option autorisée par le gouvernement. Dans une certaine mesure et par une réaction intelligible contre le pur *jus sanguinis*, la nationalité peut dériver de la naissance dans un pays ou de la mutation d'un territoire, c'est le *jus soli*. Vouloir transporter cela à la matière des sociétés serait un non-sens. Evidemment, la législation de la nationalité a été faite pour les personnes physiques et pour elles seules. » (Pillet, *op. cit.*, n° 733).

(256) V. Mamelock, *Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen*, p. 8 ; Niboyet, « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? » *R.D.I.P.*, 1927, p. 404, et note au *Sirey*, 1927.2.23.

(257) Thaller, *Revue politique et parlementaire*, t. XCIII, 1917, p. 9; Jordan, Bulletin social de législation comparée, 1917, p. 538.

(258) Pillet, *op. cit.*, n° 733 ; Niboyet, *loc. cit.*, p. 404.

contenu un ensemble de droits et de devoirs civiques : service militaire, assujettissement aux impôts, devoir de fidélité à la patrie ; éligibilité, possibilité de participation aux emplois publics... (259). Référence est faite, à ce propos, à une décision du tribunal arbitral mixte franco-allemand en date du 30 novembre 1923, dans l'affaire Jordaan. Le tribunal avait rejeté l'idée de nationalité des sociétés dans les termes suivants :

« Le tribunal... estime que les sociétés en commandite, en tant que personnes morales, n'ont pas de nationalité proprement dite, puisqu'une telle nationalité confère des droits tels que le droit de vote, le droit d'être nommé à des fonctions publiques, la protection contre l'extradition, etc..., et d'autre part, impose des obligations telles que le service militaire, qui ne peuvent s'appliquer qu'aux personnes physiques ; — attendu que les sociétés en commandite nées d'un contrat entre les personnes physiques (les associés) doivent leur existence comme personne morale à une fiction légale ; — attendu que les lois, en créant cette fiction, ont établi des règles pour la formation des sociétés, la répartition de leurs bénéfices, leur dissolution, etc..., règles de droit privé visant les relations des sociétés avec les associés ainsi qu'avec les tiers ; — attendu qu'il résulte qu'une société en commandite est, au point de vue du droit privé, soumise aux dispositions de tel Code ou de telle loi en vigueur dans le pays où elle a son siège social, sans qu'elle ait obtenu la nationalité de ce pays ; — attendu qu'en dehors de la société même, il faut considérer les associés... » (260).

Tels sont les arguments présentés par les adversaires du concept de nationalité des sociétés. Mais, pour la plupart des auteurs, il s'agit d'un pur problème de philosophie juridique dont aucune conclusion pratique n'est tirée, puisqu'ils se trouvent néanmoins contraints de rechercher un critère qui puisse distinguer les sociétés étrangères des sociétés nationales. Le problème est donc ramené à

---

(259) Cf. Pillet : « La notion de nationalité a pour contenu tout un ensemble de droits civiques et de devoirs du même ordre, droits qui se révèlent chez les uns par la participation de l'individu au gouvernement de l'Etat grâce à l'élection et à l'éligibilité, et qui comportent également la possibilité d'exercer les emplois réservés aux seuls nationaux.

« Les devoirs civiques sont aussi importants. C'est le devoir du service militaire, puis l'assujettissement à certains impôts, qui supposent la qualité de national, et, d'une façon générale, un certain devoir de fidélité qui relie l'individu à sa patrie et qui fait que certains faits sont blâmables et punissables chez le national, qui ne le seraient pas ou le seraient moins de la part d'un étranger. Ce même devoir de fidélité a pour contre-partie l'obligation de l'Etat d'assister son national dans le besoin et de le protéger à l'occasion lorsqu'il se trouve en pays étranger... » (*op. cit.*, n° 733).

(260) *Recueil des T.A.M.*, t. III, p. 889.

une simple querelle de terminologie, au terme de laquelle toutes les difficultés relatives aux critères surgissent de nouveau sans qu'aucune solution ne leur ait été pour autant apportée. La seule différence est que le terme même de « nationalité » n'est pas employé (261).

§ 2 : *La solution proposée par Niboyet*

On trouve son origine dans un article publié par l'auteur en 1927 dans la *Revue de Droit international privé* et intitulé : « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? » (262).

Après avoir tout d'abord rappelé les arguments prouvant qu'on ne peut pas valablement parler d'une « nationalité » des sociétés, M. Niboyet divise en deux catégories les problèmes posés par les sociétés commerciales : dans une première catégorie se placent les problèmes de conflits des lois, et dans une seconde les questions de jouissance des droits. En effet, lors de la constitution d'une société, la première préoccupation est de rattacher cette société à un Etat pour déterminer la loi à laquelle elle doit être soumise : c'est le problème du statut juridique. Ensuite, il faut déterminer les droits dont elle aura la jouissance et les obligations auxquelles elle sera soumise, c'est-à-dire l'Etat qui lui réservera le traitement qu'il accorde à ses nationaux : c'est le problème du statut politique. Autrement dit, la première question est de savoir quelle est la loi applicable aux rapports entre les associés. Est-ce la loi nationale des associés ? Est-ce celle du siège social ? Est-ce celle du lieu d'enregistrement ? Une fois la loi déterminée, la société sera reconnue valable par l'Etat auteur de la loi. Mais cela ne voudra pas dire qu'elle aura la « nationalité » de cet Etat, comme on le croit à tort. Cela voudra simplement dire que son contrat est valablement reconnu par la *lex fori* de l'Etat. S'agit-il maintenant de savoir si la société peut se voir accorder le traitement réservé par cet Etat à ses ressortissants, et notamment la protection diplomatique ? Le problème est alors tout autre. Car si la société est constituée par des étrangers, l'Etat dans lequel elle aura son siège social ou sera enregistrée la reconnaîtra peut-être comme « nationale », mais il lui refusera sa protection diplomatique.

Par conséquent, conclut M. Niboyet, en matière de sociétés, le seul problème revient à déterminer si les sociétés « étrangères », c'est-

---

(261) Cf. Pillet, *op. cit.*, n° 733 : « Il n'en est pas moins vrai qu'il y a dans chaque Etat des sociétés intérieures et des sociétés étrangères, des sociétés locales et des sociétés extra-locales. Cette distinction est nécessaire pour fixer le régime juridique des unes et des autres. Si l'on veut qualifier les premières par le mot « nationales », on le peut, mais à la condition de ne point établir ici d'analogie avec la nationalité des personnes. »

(262) *Réf. cit.*, p. 402.

à-dire les sociétés constituées par des étrangers, peuvent jouir des mêmes droits que les autres et si la protection à laquelle elles ont droit est plus ou moins étendue que celle des nationaux. Toutes les questions reviennent à cette formule, en particulier les mesures de guerre et la notion du contrôle. L'auteur conclut ainsi son article :

« 1° Il n'y a pas de nationalité des sociétés distincte de celle des associés. Ce concept n'a pu être répandu que par une confusion de l'idée du statut juridique de la société avec l'idée d'une nationalité, — conséquence pernicieuse sans doute de la personnalité morale, — c'est-à-dire d'un problème de *conflit des lois* avec un pur problème de nationalité, dogmatiquement très différent.

» 2° En matière de sociétés, il se présente exclusivement des questions de jouissance des droits et de conflits des lois. Sur le second terrain on détermine la loi qui régit le statut de la société comme de tout rapport juridique ; sur le premier il s'agit des droits ou incapacités dont jouissent ou que subissent les sociétés comme telles et les associés individuellement.

» *Chaque fois qu'il s'agit d'une société, on doit se demander quels sont les droits de ses membres.* Si tous les étrangers peuvent constituer des sociétés en France (du moins en principe), toutes les sociétés ne jouissent pas pour cela de droits identiques. Les sociétés de nationaux ont tous les droits civils, tandis que les autres se trouvent frappées des diverses incapacités qui frappent ou frapperont ceux de leurs membres qui exercent sur elles le *contrôle effectif* » (263).

Par la suite, l'auteur fut amené à qualifier de deux dénominations différentes les deux sortes de problèmes posés par les sociétés : ce que l'on appelle à tort la « nationalité » de la société, qui est déterminé par le siège social ou l'enregistrement, et qui ne fait que régir les rapports entre associés sur le terrain du conflit des lois, c'est *l'allégeance juridique* de la société ; ce qui décide l'Etat à lui réserver ou à ne pas lui réserver les droits qu'il accorde à ses ressortissants, et notamment la protection diplomatique, c'est *l'allégeance politique*, qui régit les problèmes de jouissance des droits et qui est déterminée par la nationalité des membres qui composent la société ou qui la dirigent, c'est-à-dire par le contrôle.

---

(263) *Loc. cit.*, p. 417 ; cf. aussi Niboyet, *Répertoire de Droit international*, (sociétés en droit international, n° 12) : « La nationalité de la société n'est que le prolongement ou le reflet dans le plan social de la nationalité des associés. »

Section III

Analyse de la notion d'allégeance politique

Nous sommes maintenant en possession d'un instrument précieux pour l'explication que nous recherchons : la distinction entre l'allégeance juridique et l'allégeance politique de la société. Nous savons que ce qu'on appelle à tort la « nationalité » n'est en réalité qu'un simple problème d'allégeance juridique, et nous comprenons pourquoi cette notion se révèle si mal adaptée aux exigences de la protection diplomatique.

La théorie de M. Niboyet a eu une profonde influence sur la doctrine. Cependant, tous les auteurs ne l'ont pas admise, et les controverses subsistent. Certes, on peut lui opposer des objections. Cela n'empêche pas qu'elle soit la seule, à notre avis, à rendre compte de la pratique. On ne peut pas ne pas reconnaître, en matière de sociétés, l'existence de deux liens d'allégeance différents. Veut-on rejeter le système du contrôle et déclarer qu'il n'y a qu'un lien d'allégeance fondé sur le siège social ? Comme l'écrit le Doyen Loussouarn, il suffira, pour répondre à ceux qui soutiennent cette opinion, « de les renvoyer à la jurisprudence et de leur demander s'ils trouvent juste que deux étrangers puissent, parce qu'ils ont fondé une société, échapper aux obligations qui les frappent à titre individuel et bénéficier de droits qui leur seraient normalement refusés » (264). Si l'on est partisan du contrôle, on peut vouloir démontrer que la coexistence des deux systèmes du contrôle et du siège social n'entraîne pas la dualité des liens d'allégeance. On dira que ces deux systèmes ne sont que les deux aspects d'un lien d'allégeance unique qui est la nationalité des sociétés, lien unique qui peut seulement varier suivant le but que l'on vise. A cela, il est facile de répondre que la nationalité ainsi définie présente des caractéristiques tout à fait surprenantes, puisqu'elle varie suivant un mode de détermination lui-même variable. Aussi est-il bien préférable de reconnaître l'existence de deux liens d'allégeance différents, correspondant chacun aux deux sortes de problèmes que soulèvent les sociétés commerciales : conflits des lois et jouissance des droits. Le Doyen Loussouarn propose encore deux arguments décisifs en faveur de cette division : « La division bipartite proposée, écrit-il, se justifie tout d'abord d'un point de vue historique. En effet, les problèmes de jouissance des droits et de conflits de lois se sont posés à des époques différentes. Avant la première guerre mondiale les problèmes de jouissance des droits étaient à peu près complètement ignorés. Depuis, au contraire, ils occupent la première place de l'actualité judiciaire. Leur intérêt est donc sporadique, alors que celui des

(264) *Les conflits de lois..., cit.*, n° 43, p. 93.

problèmes de conflits de lois est permanent, tout au moins dans une économie libérale.

» D'autre part, la détermination de l'allégeance de la société envisagée sous l'angle de la jouissance des droits est intimement liée à la politique économique de l'Etat. C'est essentiellement sur des contingences économiques qu'un pays doit se fonder pour restreindre ou étendre les droits accordés aux sociétés étrangères. Au contraire, le but poursuivi par un Etat dans la solution des conflits de lois est toujours de chercher à donner à sa propre législation le domaine d'application le plus vaste possible.

» Ces différents arguments nous semblent posséder une force suffisante pour justifier d'une façon péremptoire la distinction que nous avons adoptée et pour affirmer en conséquence qu'il existe un double lien d'allégeance qui unit la société à l'Etat et qu'il est impossible de recouvrir cette double allégeance de la qualification de nationalité » (265).

Mais nous ne sommes pas arrivés pour autant au bout de notre démonstration. Une fois reconnue la dualité des liens d'allégeance, il faut nous demander si l'un de ces deux liens, en l'occurrence l'allégeance politique, ne présente pas avec la nationalité des personnes physiques des analogies suffisantes pour qu'on puisse l'identifier avec celle-ci. Ce faisant, nous dépasserons les conclusions de M. Niboyet et nous nous rallierons entièrement aux vues exprimées par le Doyen Loussouarn (266).

La nationalité est un lien d'ordre politique qui unit un individu à l'Etat, tous les auteurs s'accordent généralement à le reconnaître. Or, sous cet angle, l'allégeance politique des sociétés se rapproche beaucoup de la nationalité des individus. Comme son nom l'indique, elle constitue un lien de nature politique, et d'autant plus que les problèmes de jouissance des droits voient leur solution commandée par la politique économique de l'Etat. « L'aspect économique vient ici suppléer l'aspect sentimental que l'on rencontre dans la nationalité des individus », fait remarquer M. Loussouarn (267).

D'autre part, de même qu'un individu de nationalité française sert les intérêts de la France, une société d'allégeance politique française servira les intérêts économiques, quelquefois politiques, de la France, puisque le critère de l'allégeance politique est le contrôle, c'est-à-dire la nationalité des dirigeants ou de ceux qui retirent le bénéfice de l'activité de la société.

Enfin, autre trait commun de l'allégeance politique avec la nationalité des personnes physiques : ce lien d'allégeance existe par rapport à l'idée d'Etat souverain, car on ne peut concevoir l'existence

(265) *Ibid.*, n° 44, pp. 95-96.
(266) *Ibid.*, n° 45, pp. 96 à 98.
(267) *Ibid.*, p. 96.

de problèmes de condition des étrangers et de jouissance des droits dans le cadre d'un Etat unique.

Peut-on alors assimiler entièrement l'allégeance politique à la nationalité ? La solution serait trop belle. Malgré les analogies que nous avons pu constater entre ces deux notions, il subsiste entre elles quelques différences, qui ont été mises en lumière notamment par le Professeur Coulombel (268).

Pour lui, l'allégeance politique des sociétés se distingue de la nationalité des individus à la fois par sa détermination et par sa portée d'application juridique.

« Nous ne songeons pas à cette banalité, écrit-il, que la nationalité d'une personne morale ne résulte pas de sa filiation. Nous visons ce point fondamental que sa détermination, du point de vue des méthodes du droit international privé, ne se fait pas de la même façon que celle des individus. Comme le fait remarquer M. Basdevant, annotant un arrêt récent de la Cour de Paris, en ce qui concerne une personne physique, « pour reconnaître ou refuser à une » personne une nationalité déterminée, il faut appliquer la loi du » pays dont la nationalité est en cause », mais pour déterminer en l'espèce la nationalité anglaise d'une société, la Cour de Paris « s'est » référée à des éléments de fait révélateurs du rattachement de la » société à tel ou tel pays, sans s'attacher à cet égard à la loi de » l'un ou de l'autre pays » (Note Basdevant sous Paris, 30 mars 1944, D. 1945.1.25).

» Ainsi donc, première originalité fondamentale, la nationalité d'une personne morale se détermine parfois en droit international privé par la nationalité de ceux qui contrôlent la personne morale, et non par l'application de la loi du pays dont on attribue la nationalité à cette personne morale » (269).

Seconde différence qui empêche l'assimilation de l'allégeance politique à la nationalité des individus : le fait que cette allégeance ne peut être utilisée que sur le terrain de la jouissance des droits, de la condition des étrangers, alors que la nationalité des individus a un champ d'application général, aussi bien en ce qui concerne les conflits de lois que la jouissance des droits.

Ces observations sont fort justes, et nous ne songeons pas à les réfuter. Il est incontestable qu'il n'y a pas identité absolue entre l'allégeance politique et la nationalité. Il n'y en a pas moins analogie, car l'allégeance politique se rapproche de la nationalité d'un individu par son caractère, précisément, politique, par le fait qu'elle

---

(268) Coulombel (P.), *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé français*, thèse, Nancy, 1949, imprimée en 1950.

(269) *Op. cit.*, pp. 355-356.

est liée à la notion d'Etat souverain, et, enfin, parce que, pas plus que la nationalité, elle ne peut se choisir. Ainsi que le font remarquer M^me^ Bastid et M. Luchaire dans une étude récente, « ... si les associés peuvent choisir l'allégeance juridique, ils ne peuvent choisir l'allégeance politique, pas plus que l'individu — sauf circonstances exceptionnelles et *déterminées par la loi* — ne peut choisir sa nationalité. Une société, qui a son siège social en dehors de France, peut, en raison de la nationalité des associés, se trouver dans l'allégeance politique, non de l'Etat du siège social, mais dans celle de la France. A cet égard, elle pourrait être qualifiée de société française » (270).

Si donc on ne peut assimiler totalement l'allégeance politique à la nationalité, on peut néanmoins dire qu'il y a, entre ces deux notions, analogie assez poussée pour qu'il soit possible, sans risque d'arbitraire, d'établir entre elles des rapports valables.

Si l'on accepte ce point de vue, l'explication que nous cherchions, une explication simple, qui satisfait à la fois les exigences de l'équité et la logique juridique, s'impose à l'esprit. Si la « nationalité », telle qu'elle est définie par la doctrine traditionnelle, se révèle mal adaptée à la protection diplomatique des sociétés, c'est parce qu'elle n'est en réalité qu'une simple allégeance juridique. Nous avons constaté en revanche que la pratique, en dehors des tendances jurisprudentielles d'avant 1930, se fondait sur le système du contrôle. Rien de plus normal, puisque le contrôle est le critère de l'allégeance politique et que l'allégeance politique, à peu de chose près, correspond à la nationalité des individus. Il n'est plus besoin de chercher à cette pratique des justifications compliquées et plus ou moins boiteuses. D'elle-même, elle s'est mise en accord avec les règles du droit international : c'est bien sur la « nationalité », transposée pour les besoins spéciaux aux personnes morales en allégeance politique, que se fonde le droit pour l'Etat d'intervenir en faveur des sociétés auxquelles le relie ce lien.

(270) « Rapport général de droit international public », dans *La personnalité morale et ses limites*, *précit.*, p. 161.

Chapitre II

Le point de la question

L'explication cherchée semble donc être là. Toutefois, avant de l'adopter, nous en vérifierons la valeur à la lumière des faits et de la doctrine contemporaine. Ensuite, nous en tirerons les conclusions qui semblent s'imposer.

§ 1 : *Valeur de l'explication par l'allégeance politique*

Un des premiers auteurs qui ait adopté, pour expliquer les diverses manifestations de la pratique en matière de protection diplomatique des sociétés, la théorie de l'allégeance politique, est Charles de Visscher, une des plus hautes autorités auxquelles on puisse se référer lorsqu'on étudie ce sujet. On trouve un exposé très complet de ses vues dans deux articles publiés par lui dans la *Revue de Droit international et de législation comparée*. Le premier, auquel nous avons déjà fait allusion, est consacré plus particulièrement à la protection des actionnaires (271), et date de 1934. Le second est consacré à la technique de la personnalité juridique en droit international et date de 1936 (272). Dans ce dernier article, tout particulièrement, on note quelques passages significatifs :

« La théorie classique », déclare l'éminent auteur, « qui détermine la nationalité de la société d'après le pays où elle a son siège social réel déduit généralement de ce critère toute la condition juridique de la société. Elle est l'expression parfaite de la conception unitaire qui, en ne s'attachant qu'à l'organisation statutaire, se refuse délibérément à la vision directe des individualités physiques, des intérêts et des influences que cette organisation recouvre.

» Elle répond de façon adéquate à deux ordres d'exigences : exigences du commerce international intéressé à développer ses opérations en tous pays sous le couvert d'une législation librement choisie ; exigences aussi, remarquons-le, de la technique juridique, qui trouve dans le siège social un critère aisément déterminable et utilisable, coupant court aux incertitudes multiples qu'entraîne l'application d'autres systèmes.

---

(271) « De la protection diplomatique des actionnaires d'une société... », *précit.*, *R.D.I.L.C.*, 1934, p. 624 et s.

(272) « La technique de la personnalité juridique en droit international public et en droit international privé », *R.D.I.L.C.* 1936, p. 482 et s.

» On peut admettre que pour les fins propres du droit privé c'est la formule la plus satisfaisante. Et c'est bien pourquoi, dans son ensemble, la doctrine est restée fidèle à la notion du siège social en tant que critère général de la nationalité des sociétés.

» Cependant, depuis la guerre surtout, cette conception classique tend à perdre de son influence exclusive. Elle reste debout dans son principe et tant que les considérations de droit privé qui la justifient sont seules en cause et ne se heurtent pas à des considérations d'ordre public. C'est ainsi qu'elle maintient encore toujours ses positions dans le domaine du *conflit des lois* proprement dit, c'est-à-dire au point de vue de la détermination de la législation appelée à régir *l'exercice* des droits reconnus à la société.

» Mais elle se trouve tenue en échec chaque fois qu'une société s'avise de revendiquer des droits que le législateur a entendu réserver aux citoyens ou ressortissants, aux seuls membres de la collectivité nationale. C'est ici que l'on touche du doigt toute la distance qui sépare la notion — réelle, sans doute, mais d'une réalité juridique seulement et, par conséquent, toute relative — de la nationalité chez la personne morale, de la notion d'allégeance politique qui est l'essence de la nationalité chez l'individu et qui fait de lui un membre de l'Etat » (273).

Et, plus loin, on relève le passage suivant :

« La fiction légale en matière de personnalité juridique est une conception surannée. Par son concept, elle méconnaît ce qu'il y a de réel dans la vie sociale. Par ses conséquences, c'est une notion singulièrement étroite et rigide. En l'accueillant, on est logiquement amené, nous l'avons vu, à considérer la personnalité juridique dans son unité fictive comme entièrement indépendante des individualités physiques qui se meuvent derrière elles. Si, comme tout le monde le comprend aujourd'hui, il est nécessaire à certaines fins de prendre en considération les éléments composants et, par conséquent, de se dégager à certains égards de la conception unitaire, c'est vers la théorie de la réalité juridique que la jurisprudence devrait s'orienter. Seule, cette théorie s'adapte avec la souplesse voulue à ces deux exigences également impérieuses et dont, selon les circonstances, il nous faut également tenir compte : la réalité de la vie corporative et la relativité des buts qu'elle poursuit. Réalité corporative qui ne permet pas de représenter la personnalité juridique comme issue d'un acte créateur de la loi ; relativité qui oblige à renfermer ses manifestations dans le domaine des fins qui lui sont propres » (274).

---

(273) « La technique de la personnalité juridique », *précit.*, pp. 484-485.

(274) *Ibid.*, p. 487.

Telle est la conception de Charles de Visscher. La différence avec la théorie que nous proposons est que l'auteur n'identifie pas expressément l'allégeance politique et la nationalité. Toutefois, lorsqu'il écrit que « l'allégeance politique... est l'essence de la nationalité chez l'individu » et que c'est elle « qui fait de lui un membre de l'Etat », on peut penser que cette identification, implicitement, est faite.

Aucun doute ne subsiste en tout état de cause si l'on se réfère au rapport rédigé par Mme Bastid et M. Luchaire dans l'ouvrage collectif publié en 1960 sur *La personnalité morale et ses limites* (275). La distinction entre allégeance juridique et allégeance politique forme l'idée directrice de toute la partie consacrée aux études de droit international public.

« Il convient donc, écrivent les auteurs, de distinguer l'allégeance juridique et l'allégeance politique, écartant à dessein la nationalité dont on peut discuter pour une société non seulement l'existence, mais aussi l'intérêt. Sans doute a-t-on souvent soutenu que toute société a une nationalité déterminée par le lieu du siège social et que celle-ci entraîne à la fois l'allégeance juridique et l'allégeance politique. La société française serait donc celle dont le siège social est établi en France, qui est, par suite, soumise à la loi française et considérée comme sujet français par l'Etat français, quelle que soit la nationalité des individus qui forment la société.

» Mais dans l'état du droit positif..., il paraît plus exact d'admettre que puissent être dissociées ces deux allégeances : la première, l'allégeance juridique, sert uniquement à déterminer la loi applicable à la constitution de la société et aux rapports entre associés. La société soumise à la loi française ne sera donc pas nécessairement une société française, mais simplement une *société de droit français*. La seconde, l'allégeance politique, sert à déterminer les sociétés qui bénéficient des faveurs qu'un Etat accorde à ses ressortissants et refuse aux étrangers » (276).

Suit un passage que nous avons déjà cité (277) et que nous rappelons :

« Or, l'allégeance politique se rapproche de la nationalité d'une personne physique d'abord en raison de son caractère politique, ensuite parce que, si les associés peuvent choisir l'allégeance juridique, ils ne peuvent choisir l'allégeance politique, pas plus que l'individu — sauf circonstances exceptionnelles et *déterminées par la loi* — ne peut choisir sa nationalité. Une société, qui a son siège en dehors de France, peut, en raison de la nationalité des associés, se trouver dans l'allégeance politique non de l'Etat du siège

(275) *Précit.*, pp. 159 à 167.
(276) *Op. cit.*, p. 161.
(277) *Supra*, p. 127.

social, mais dans celle de la France. A cet égard, elle pourrait être qualifiée de société française » (278).

Nous nous rallions entièrement à cette position. Dans ces conditions, nous sommes amené à déclarer que l'ancienne jurisprudence, qui fonde ses décisions sur une séparation radicale entre la personne morale et les individus qui la composent et qui considère comme seule décisive la nationalité de cette personne morale, relève d'une conception artificielle et périmée. Elle ne s'explique que par les « conséquences pernicieuses », suivant le mot de Niboyet, de cette notion de personnalité morale et par les confusions qu'elle a longtemps fait naître. En revanche, la théorie que nous adoptons explique parfaitement la nouvelle orientation telle que l'a inaugurée l'affaire « *I'm alone* ». Lorsque la Commission eût constaté que la Compagnie de navigation qui possédait le navire coulé, bien que de nationalité canadienne, était contrôlée par des ressortissants américains qui, en outre, avaient, aux époques critiques, la direction des mouvements du navire et la disposition de sa cargaison, elle pensa avec raison qu'aucune indemnité ne pouvait être versée au Canada. Outre l'application du principe suivant lequel un Etat n'exerce pas sa protection au profit d'un de ses nationaux contre un Etat qui considère celui-ci comme son propre national, la sentence ne s'explique que par des considérations relatives à « la propriété finale et utile », qui était celle de citoyens américains. Contre ce fait décisif, ni l'enregistrement du navire au Canada, ni la « nationalité » — nous dirons plus justement l'allégeance juridique — canadienne de la société ne pouvaient prévaloir.

Quant à la pratique diplomatique, si difficile à expliquer de façon satisfaisante pour la logique juridique si l'on utilise la théorie classique, elle se justifie fort simplement par la théorie que nous proposons. La plupart du temps, les affaires se présentent ainsi : la société a été enregistrée, ou a son siège social, dans l'Etat A. Or, le gouvernement de l'Etat A refuse d'accorder sa protection à la société parce que celle-ci, malgré son incorporation ou la présence de son siège social dans l'Etat A, a son capital-actions aux mains de ressortissants d'un Etat B. Avec la théorie classique, nous dirions : la société avait la nationalité A ; mais le gouvernement A refusa de la protéger ; c'est donc que la nationalité, à elle seule, n'est pas suffisante : il faut qu'elle soit doublée par l'intérêt substantiel ; c'est que, enfin, les règles de la protection diplomatique des sociétés ne s'expliquent pas par des motifs purement juridiques ; il faut y ajouter des raisons de fait. Explication hybride, pénible et qui laisse peu satisfait. N'est-il pas plus simple et plus satisfaisant de dire : la société en question était *d'allégeance juridique A*, mais *d'allégeance politique B ;* il était normal que l'Etat A ne la protégeât pas ?

(278) *Ibid.*, p. 161.

Ainsi s'explique l'ensemble de la pratique diplomatique, depuis l'affaire de la « Renault Selling Branch, Incorporated » ou celle de l'Orinoco Steamship Company, jusqu'aux déclarations les plus récentes du Conseil fédéral suisse. Cette position, qui a toujours été celle des gouvernements et qui a été celle de la jurisprudence dans l'affaire « *I'm alone* », n'est d'ailleurs pas différente de celle adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'arrêt Nottebohm. Avec Paul de Visscher, nous pouvons voir dans l'affaire « *I'm alone* » un précédent à l'arrêt Nottebohm : pour être reconnu valable, le lien de nationalité doit correspondre à un rattachement effectif ; en matière de sociétés, cette effectivité se mesurera par l'allégeance politique, c'est-à-dire par la nationalité des associés et l'élément de contrôle prépondérant ou substantiel qui anime la vie de la société.

Mais cette proposition nous amène maintenant à nous poser quelques questions quant aux conséquences que peut avoir dans l'avenir la théorie à laquelle nous nous rallions.

§ 2 : *Conséquences de l'application de la notion d'allégeance politique*

La première conséquence découle directement des principes de l'arrêt Nottebohm et semble devoir aligner la future jurisprudence sur les principes appliqués par les gouvernements depuis longtemps déjà. Désormais, un Etat ne sera plus considéré comme pouvant valablement s'interposer au nom d'une société « nationale » si le capital de celle-ci est dans sa majorité aux mains d'étrangers. Si nous nous servons des termes de l'arrêt Nottebohm, nous dirons que dans ce cas la nationalité n'est pas effective. Si nous utilisons la terminologie à laquelle nous nous sommes rallié, nous dirons que l'Etat ne peut intervenir en s'appuyant sur la simple allégeance juridique. Nous voudrions citer ici les remarques judicieuses et, à notre avis, d'une grande portée, formulées par M^me^ Bastid dans l'article consacré par elle à l'arrêt Nottebohm (279) :

« Dans la matière des réclamations diplomatiques au profit des sociétés, l'exigence du rattachement réel apparaît dans le sens d'une évolution qui tend à reconnaître le droit de protection de l'Etat national des actionnaires... On voit donc apparaître dans ce domaine la même préoccupation que dans l'arrêt Nottebohm : attacher la protection diplomatique non à un élément purement formel, mais à une situation réelle, à un lien effectif. L'arrêt de la Cour peut orienter la pratique internationale dans les cas où, à défaut de texte, elle marquerait encore une certaine hésitation. Il devrait conduire à ne pas réserver à l'Etat sur le territoire duquel une société a été

(279) Bastid (M^me^ S.) : « L'affaire Nottebohm devant la C.I.J. », *Rev. crit. de dr. internat.*, 1956, pp. 631-632.

fondée le droit de protection diplomatique lorsque la plus grande partie du capital social appartient à des nationaux d'un pays tiers. »

Telle est également l'opinion de Paul de Visscher (280) :

« Faut-il voir dans l'arrêt Nottebohm, écrit celui-ci, une décision de principe propre à la matière de la protection diplomatique des personnes physiques, ou bien faut-il y voir une décision de principe générale, applicable aussi bien au cas des personnes morales qu'au cas des personnes physiques ?

» Je suis porté à croire que cette dernière interprétation s'impose. L'idée fondamentale dont s'inspire l'arrêt Nottebohm est celle selon laquelle aucun Etat ne peut, par l'exercice unilatéral d'une compétence de droit interne dont l'exercice n'est limité par aucune règle de droit international, se créer un titre à l'exercice d'une compétence qui relève exclusivement de l'ordre juridique international. Cette raison vaut aussi bien dans la matière de la protection des personnes morales que dans la matière de la protection des personnes physiques, puisque la compétence que possèdent les Etats de décider des conditions d'octroi de leur nationalité aux unes et aux autres, échappe également à l'emprise du droit international général. »

Seuls les éléments constitutifs de l'appartenance devront être appréciés différemment : « Lorsque, pour caractériser la nationalité effective, la Cour évoque les liens de famille, la participation à la vie publique, l'attachement manifesté au pays, il est clair qu'elle n'a voulu citer, à titre d'exemple, que des éléments susceptibles de fonder la nationalité effective des seules personnes physiques. Lorsque, au contraire, elle cite le domicile et le siège des intérêts, la Cour fait état d'éléments de rattachement susceptibles de trouver leur application dans le cas de personnes morales » (281).

Mais nous voudrions aller maintenant beaucoup plus loin et tirer de la théorie de l'allégeance politique considérée comme se rapprochant de la notion de nationalité des conséquences beaucoup plus hardies peut-être, mais qui ne nous en paraissent pas moins valables. Jusqu'ici, en effet, nous n'avons fait que justifier l'hypothèse dans laquelle un Etat A doit s'abstenir parce que la société qui demande protection est sous le contrôle de ressortissants d'un Etat B, et qu'elle est donc soumise à l'allégeance politique B. En d'autres termes, nous avons vu que l'allégeance juridique n'est pas une base suffisante pour la protection diplomatique. Mais nous voudrions démontrer maintenant qu'il est parfaitement possible de concevoir une attitude positive de l'Etat B qui accorderait à la société sa protection sur la seule considération de cette allégeance politique, indépendamment de toute « nationalité » au sens traditionnel. Nous

(280) « La protection... », *précit.*, pp. 451-452.
(281) *Ibid.*, p. 452.

trouvons déjà des exemples d'une telle situation dans la pratique diplomatique. Dans l'affaire de Suez, à partir du moment où l'on considère que la Compagnie avait la « nationalité » égyptienne, et en tous cas dans l'affaire de la Barcelona, des Etats sont intervenus au nom d'une société sur la base du seul contrôle. Pourquoi pas, puisque le contrôle est le critère de l'allégeance politique, et que l'allégeance politique est ce qui, chez les sociétés, se rapproche le plus de la nationalité des individus ?

L'habitude d'employer le concept de nationalité au sens de l'allégeance juridique est si profondément ancrée dans les esprits qu'on en est toujours à considérer cette pseudo-nationalité comme nécessaire à toute réclamation diplomatique. Certes, c'est le « lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique ». Mais la « nationalité » d'une société au sens d' « allégeance juridique » ne correspond pas à ce qu'exige le droit international public pour la recevabilité d'une réclamation diplomatique. Ce qui est exigé, c'est l'allégeance politique. Pourquoi, en matière de sociétés, ne pas considérer l'allégeance politique comme nécessaire et suffisante à la fois ? La pratique diplomatique, dans les affaires de Suez et de la Barcelona, a déjà fait sien ce principe. Ce n'est que la force de l'habitude qui a pu faire considérer ces interventions comme surprenantes. En réalité, la volonté de la Grande-Bretagne et de la France d'intervenir en faveur de la Compagnie universelle du Canal de Suez est tout à fait explicable, même si l'on admet la « nationalité » égyptienne de la Compagnie. Paul de Visscher, dans l'article qu'il a consacré en 1958 à la question dans la *Revue générale de Droit international public*, n'est pas loin d'adopter le point de vue que nous essayons de défendre :

« Nous pensons, écrit-il, que c'est à tort que l'on a attaché une telle importance à la prétendue nationalité de la Compagnie, en assimilant le lien de nationalité à ce lien d'allégeance beaucoup plus souple qui, sur le plan du droit international public, justifie la recevabilité d'une réclamation diplomatique.

» Une personne morale peut parfaitement être régie, quant à son statut personnel, quant à la compétence juridictionnelle et même quant à sa nationalité, par la loi d'un Etat et relever d'un Etat différent quant à sa protection diplomatique...

» Dans l'appréciation du lien d'allégeance qui peut justifier l'exercice de cette prérogative de droit international public que constitue la protection diplomatique, c'est la notion d'effectivité qui doit jouer le rôle décisif. Comme toute qualité, l'effectivité ne se définit pas, mais se mesure en intensité à la lumière d'un faisceau de critères parmi lesquels la nationalité de la société au sens du droit interne joue certes un rôle important, mais nullement exclusif. C'est au juge international qu'il appartient de peser l'effectivité

de cette allégeance en tenant compte également de la nationalité des associés, du statut personnel de la société, et surtout de l'élément de contrôle prépondérant ou substantiel s'exerçant effectivement dans la vie de la société.

» Si l'on admet cette conception souple de la protection diplomatique qui, par-delà le vêtement formel de la personnalité juridique et du lien de nationalité, atteint la réalité en s'adaptant le plus exactement possible à cette mobilité des intérêts financiers qui est de l'essence des sociétés de capitaux, on admettra sans peine la recevabilité d'une réclamation diplomatique conjointe de la France et de la Grande-Bretagne au profit de la Compagnie universelle » (282).

Paul de Visscher ne va pas jusqu'à considérer comme totalement irrelevante la « nationalité » au sens du droit interne, c'est-à-dire l'allégeance juridique, alors qu'à notre avis ce doit être le cas dès qu'il s'agit de protection diplomatique. On n'en remarque pas moins que l'auteur se rallie à la théorie de la dualité des allégeances et qu'il accorde le dernier mot, comme justification de la protection diplomatique, à l'effectivité, c'est-à-dire, en particulier, à la nationalité des associés et à l'élément de contrôle prépondérant ou substantiel s'exerçant dans la vie de la société, c'est-à-dire encore à l'allégeance politique. Car l'allégeance politique est certainement la plus sûre mesure de l'effectivité. Ainsi l'auteur justifie-t-il l'intervention de la Grande-Bretagne et de la France.

Nous pensons qu'on peut justifier de la même manière l'attitude de la Belgique dans l'affaire de la Barcelona Traction, tout au moins pour ce qui est du principe de l'intervention. Le seul argument qu'on puisse opposer à la Belgique est que la Barcelona, en raison de l'insuffisance des intérêts belges, n'est pas placée sous l'allégeance politique de ce pays. Si l'on pousse jusqu'à ses conséquences extrêmes la théorie que, en nous appuyant sur l'autorité du Doyen Loussouarn, nous avons développée et d'après laquelle la prétendue nationalité des sociétés n'est qu'une allégeance juridique valable seulement sur le plan du conflit des lois, alors que l'allégeance politique, elle, correspond à la nationalité, on doit aboutir à la conclusion que c'est bien la Belgique, et non le Canada, qui devait intervenir au nom de la société.

La jurisprudence n'a encore jamais consacré ce principe. Mais elle n'en a jamais eu l'occasion. Cette occasion lui est offerte maintenant. Peut-être s'y ralliera-t-elle. En revanche, une grande partie de la doctrine reste réticente. Paul de Visscher, dans son cours pro-

(282) P. de Visscher, « Les aspects juridiques fondamentaux de la question de Suez », *R.G.D.I.P.*, 1958, pp. 427-429. Rappelons que le Conseil d'administration de la Compagnie, sur 32 membres, comptait 16 membres français et 9 anglais, que le gouvernement britannique détenait 43 % des actions et que 50 % étaient aux mains de Français.

fessé à La Haye en 1961, apparemment en retrait par rapport à la position adoptée par l'auteur en 1958 dans son article sur l'affaire de Suez, considère comme vouée à l'échec la tentative de la Belgique. Il écrit (283) :

« La demande formée par le Gouvernement belge dans le cas de la Barcelona est, à ma connaissance, unique dans les annales de la justice internationale. La recevabilité d'une telle demande ne pourrait être admise que si le droit international reconnaissait le critère du contrôle comme lien de rattachement subsidiaire, en cas de défaillance du lien de nationalité par manque d'effectivité. Sauf le cas d'une substitution conventionnelle qui supposerait l'accord des trois Etats intéressés, il ne me paraît pas que l'on puisse reconnaître un tel effet automatique à la notion de contrôle. Ainsi que je l'ai déjà exposé en commentant la portée de l'arrêt Nottebohm, la théorie du contrôle peut être invoquée pour faire échec à la recevabilité d'une réclamation fondée sur la nationalité, mais elle ne peut pas être invoquée comme substitut du lien de nationalité qui est en principe toujours nécessaire. »

Nous pensons au contraire que ce lien de « nationalité » ne devrait plus être considéré comme nécessaire.

Plus loin, Paul de Visscher écrit (284) :

« Supposons l'hypothèse d'une société enregistrée en Angleterre, mais composée exclusivement d'actionnaires français. Si cette société subit un dommage au Venezuela, on dira qu'il appartient à l'Angleterre d'assurer la protection de cette société et on ajoutera que cette protection est exclusive de celle de la France. Toutefois, si les principes dont la Cour internationale a fait application dans l'affaire Nottebohm doivent trouver application en matière de personnes morales, il y a tout lieu de croire que la réclamation britannique en faveur de cette société, composée exclusivement d'intérêts français, sera jugée irrecevable. »

C'est la grande nouveauté par rapport à la jurisprudence antérieure et en tous cas par rapport à celle d'avant 1935. Jusqu'ici nous souscrivons entièrement au raisonnement. L'auteur poursuit :

» Dans ces conditions, la société comme telle étant dépourvue de toute protection, peut-on admettre que les actionnaires français sont en droit de bénéficier de la protection française ?

» Je pense qu'il faut répondre affirmativement à cette question, étant entendu que l'Etat des actionnaires ne sera pas recevable à protéger la société comme telle, mais uniquement les actionnaires de sa nationalité. »

C'est cette conclusion que nous nous permettons de ne pas adopter. Elle serait valable si la société avait la « nationalité » véné-

(283) « La protection... », *précit.*, pp. 459-460.
(284) *Ibid.*, p. 473.

zuélienne, le Venezuela étant l'auteur du dommage. Ce n'est pas le cas dans l'exemple proposé ici. Le fait que l'on refuse à la Grande-Bretagne, pays de l'allégeance juridique, le droit de présenter une réclamation au nom de la société doit avoir sa contrepartie dans le droit reconnu à la France de le faire. Nier cette conclusion, c'est ne pas vouloir pousser le raisonnement jusqu'au bout.

La pratique conventionnelle, pour sa part, fait la part belle à la conception que nous défendons, nous aurons l'occasion de le voir, sans doute parce qu'elle est moins prisonnière des formes juridiques et plus apte à se plier aux impératifs politiques et économiques du monde moderne. Citons dès maintenant quelques exemples de cette pratique où la notion d'intérêt national prépondérant est substituée à celle de « nationalité » : l'accord du 31 mars 1951 entre la Suède et la Hongrie ; les accords d'indemnisation conclus par la Suisse, respectivement avec la Hongrie le 19 juillet 1950, la Roumanie le 3 août 1951 et la Bulgarie le 26 novembre 1954. Sans doute, ces exemples peuvent-ils être considérés comme des exceptions qui confirment la règle générale. Il n'en reste pas moins qu'ils existent et qu'ils peuvent être le point de départ d'une coutume future. C'est à cette pratique que songe M^me^ Bastid lorsqu'elle écrit : « Dans la matière des réclamations diplomatiques au profit des sociétés l'exigence du rattachement réel apparaît dans le sens d'une évolution qui tend à reconnaître le droit de protection de l'Etat national des actionnaires » (285). Parmi les auteurs, elle semble être une des seules à soutenir cette idée. Son étude récente, rédigée en collaboration avec M. Luchaire et à laquelle nous avons déjà fait plusieurs fois allusion, est également très intéressante à cet égard (286).

Si cette nouvelle conception était admise de façon générale et non plus de façon exceptionnelle, on ne verrait plus se produire une aventure telle que celle de l'Orinoco Trading and Shipping Company, contrainte de se muer en Oricono Steamship Company uniquement pour prendre la nationalité américaine, c'est-à-dire pour satisfaire à un formalisme juridique qui devient absurde à partir du moment où l'effectivité du rattachement à un pays, comme c'était le cas pour l'Orinoco à l'égard des Etats-Unis, est déjà acquise. Faute de secouer ce formalisme excessif, d'accepter la nouveauté et de se libérer du poids des précédents, le droit risquerait de justifier la conception kafkaïenne du monde en enfermant celui-ci dans des rites périmés, telle la situation aberrante des personnages de *La Muraille de Chine*, qui révèrent comme vivants des Empereurs

---

(285) « L'affaire Nottebohm... », *précit.*, p. 631.

(286) « Rapport général de droit international public », dans *La personnalité morale et ses limites*, *précit.*, pp. 159-167.

morts depuis longtemps tandis que l'on nie l'existence réelle de la dynastie régnante.

Est-ce à dire pour autant que la théorie à laquelle nous nous rallions aplanit toutes les difficultés ? Non pas. Elle en laisse subsister.

Le plus grave de ces difficultés est sans doute le risque d'insécurité. En effet, le critère de l'allégeance politique, c'est le contrôle. Or, le contrôle, nous le savons, dépend d'éléments de fait qui, d'après le moment ou le lieu, s'apprécient différemment. A aucun moment la moindre donnée stable et uniformément admise n'est fournie. C'est fort dommage. Comme le font remarquer Mme Bastid et M. Luchaire dans leur rapport (287) : « En raison des critères fort variables utilisés par la jurisprudence, non seulement d'Etats différents, mais bien souvent à l'intérieur d'un même Etat, une société risque d'être considérée comme dépendant politiquement d'Etats différents suivant les tribunaux auxquels elle s'adresse... » Nous retrouvons évidemment ici un des plus sérieux griefs que l'on ait faits à la théorie du contrôle : l'insécurité qu'elle engendre. Cependant, cet inconvénient serait facilement pallié si les Etats se mettaient d'accord pour proposer une base uniforme d'appréciation du contrôle. On souhaiterait, avec les deux auteurs, « qu'une entente générale intervienne pour apporter un critère solide du contrôle dont dépend l'allégeance politique d'une société » (288).

La seconde difficulté se produit si l'on est en présence d'une société à capitaux internationaux dans laquelle les actions sont réparties entre trois groupes nationaux dans la proportion de 33 % chacun, ou entre quatre groupes dans la proportion de 25 %. Ce phénomène se produit de plus en plus souvent de nos jours où l'on assiste à une internationalisation de fait — et aussi de droit, nous le verrons — des sociétés. Dans l'exemple que nous avons choisi, aucun intérêt n'est prépondérant. Peut-on alors concevoir une protection conjointe de trois ou quatre Etats en faveur de la société ? Cela ne paraît pas possible (289). Il n'est qu'une solution : écarter la fiction que représente la personnalité morale de la société et permettre ainsi aux Etats d'intervenir pour défendre les intérêts, même minoritaires, de leurs *actionnaires*.

Voilà un aspect, très actuel, de la question, que nous retrouverons en troisième partie. On peut toutefois espérer en une issue au problème qu'il pose. Mais nous découvrirons d'autres problèmes, en particulier ceux posés par l'internationalisation de droit des

---

(287) « Rapport général... », *précit.*, p. 165.

(288) *Ibid.*, p. 165.

(289) Cf. Reuter, *Droit international public*, éd. 1963, p. 154 : « En tout état de cause il ne peut y avoir protection diplomatique légitime par deux Etats différents pour le même objet et le même fait. »

sociétés, qui, semble-t-il, ne peuvent être résolus de façon satisfaisante. On touche là à une difficulté irréductible qui nous prouve que, quoi qu'on fasse et quoi qu'on veuille penser, et malgré les solutions auxquelles nous avons abouti, il y a inadaptation foncière du droit de la protection diplomatique aux exigences modernes de la vie économique et du commerce international. Nous aurons amplement l'occasion de vérifier cette constatation dans la troisième partie. Paul de Visscher note très justement (290) : « La technique de la personnalité morale et tout spécialement celle de la société anonyme porte en elle-même un germe d'internationalisme ou de supranationalisme qui ne cadre pas avec un régime de protection diplomatique à base de souveraineté nationale. » Sans doute, la source de toutes les difficultés que nous avons rencontrées se trouve-t-elle là, sans doute aussi est-ce pourquoi aucune théorie, même celle qui se rapproche le plus des réalités, ne s'adapte de façon tout à fait adéquate aux nécessités pratiques.

En conclusion nous retiendrons néanmoins la théorie de la dualité des allégeances et celle qui fait correspondre l'allégeance politique des sociétés à la nationalité des individus, avec toutes les conséquences qu'elles entraînent. Nous constatons pourtant que les exigences de l'internationalisme moderne laissent subsister des difficultés et que, même transposée en allégeance politique, la notion de « nationalité » d'une société ne parvient pas à résoudre tous les problèmes nouveaux suscités par le monde contemporain. C'est pourquoi, de plus en plus, la pratique conventionnelle écarte la personnalité juridique de la société, faisant disparaître l'allégeance politique de celle-ci devant la nationalité des associés. C'est là un des phénomènes remarquables de l'évolution actuelle de la question. Avant toutefois d'étudier ces aspects nouveaux il nous faut passer à la seconde face des aspects traditionnels de notre sujet : la protection spéciale des actionnaires.

(290) « La protection... », *précit.*, p. 504.

DEUXIEME PARTIE

La protection diplomatique des actionnaires

Introduction

INTERET DE LA QUESTION

La protection des sociétés comme telles par leur Etat national ne doit pas être considérée comme exclusive de toute autre protection. Dans certains cas, il peut être nécessaire de concevoir une protection distincte des actionnaires.

On peut tout d'abord envisager l'hypothèse où l'actionnaire est atteint dans ses droits de personne privée, droits subjectifs distincts de ceux de la société comme telle, même si ces droits sont nés à l'occasion de la participation à l'activité d'une société. Dans ce cas, l'exercice de la protection diplomatique au profit de l'actionnaire doit être considéré comme justifié.

Le cas peut se produire si un Etat interdit à une société possédant sa « nationalité » de procéder à une distribution de dividendes au profit d'actionnaires ressortissants d'un Etat étranger, ou confisque les actions possédées par ces mêmes actionnaires. Dans ce cas, leur Etat national pourra former une réclamation en leur faveur à partir du moment où les dommages qu'ils ont subis sont nettement distincts de ceux de la société. Il semble que, même autrefois, semblable protection ait été concevable. On peut se reporter à ce propos à la déclaration du Secrétaire d'Etat américain Seward dans l'affaire de l' « Antioquia » en 1866. Le Département d'Etat avait constaté que, la Colombie ayant saisi un navire appartenant à une société colombienne, le dommage avait été causé à la société comme telle et que, dans ces conditions, il n'y avait pas lieu de protéger les actionnaires américains. Pourtant, la note précisait (291) : « Si les actions, par la raison spécifique qu'elles sont la propriété d'un Américain, avaient été soumises à une confiscation injustifiée, alors aurait été soulevée une question toute différente de celle qui nous occupe en ce moment » (292).

Mais il existe une seconde hypothèse dans laquelle on peut concevoir une protection distincte des actionnaires. C'est cette hypothèse qui a soulevé le plus d'incertitudes et qui a donné lieu aux problèmes que nous allons étudier.

---

(291) Moore, *Digest*, vol. VI, p. 644.

(292) En ce sens, v. également P. de Visscher, « La protection... », *précit.*, p. 464.

Il se peut, en effet, que l'acte internationalement illicite atteigne la société comme telle et ne frappe ainsi les actionnaires qu'indirectement en raison de leur participation à l'actif de la société. Dans ce cas, la société comme telle étant lésée, c'est elle-même, personne morale distincte, qui doit mettre en œuvre les moyens de procédure à sa disposition pour obtenir réparation : après épuisement des recours internes, elle peut se tourner vers l'Etat dont elle a la nationalité, et cette protection est exclusive de toute autre. On retrouve le problème que nous avons étudié en première partie : l'actionnaire qui participe à la vie de la société n'a aucunement droit à réparation distincte ; il suit le sort de la société, pour le meilleur et pour le pire.

Il arrive cependant que cette règle perde sa justification rationnelle. Tel sera le cas si la société a la nationalité de l'Etat même auquel est imputable l'acte dommageable : dans cette éventualité, à supposer que la société ait épuisé tous les recours internes sans obtenir réparation, elle ne pourra se retourner vers aucun Etat : pas même vers celui dont ses actionnaires sont nationaux, car jouera alors le principe d'après lequel un Etat n'exerce pas sa protection au profit d'un de ses nationaux contre un Etat qui considère celui-ci comme son propre national, doublé du fait que la société n'aura pas la « nationalité » de l'Etat des actionnaires. Ou alors il faudrait considérer l'allégeance politique comme une condition nécessaire et suffisante de la protection diplomatique des sociétés et considérer comme totalement irrelevante l'allégeance juridique, ce qui n'était pas le cas dans le passé et ce qui n'est pas encore le cas dans le présent. Et même s'il en était ainsi, les problèmes ne seraient pas résolus si les capitaux de la société en question sont internationaux. De nos jours comme autrefois, l'Etat national des actionnaires ne peut donc pas protéger la société comme telle.

Une situation analogue se produira si, par suite du dommage qui lui a été causé, la société est dans l'incapacité d'entreprendre une action sociale utile au profit des actionnaires : par exemple si elle a été dissoute, ou si ses statuts ont été modifiés par une loi de nationalisation, ou encore si l'objet social a été supprimé par un acte de gouvernement.

Cette situation ne correspond pas à une hypothèse théorique : elle s'est souvent présentée à partir de 1850, lorsque les capitaux des pays nouvellement industrialisés cherchèrent à s'investir à l'étranger dans les pays non encore développés. Les pays sous-développés accueillirent d'abord les capitaux étrangers, en les contraignant toutefois à prendre la forme juridique de la loi locale. Mais très vite l'éveil des nationalismes alla directement à l'encontre du principe de l'exploitation des richesses nationales par des pays étrangers. En même temps, la décadence des doctrines du « laissez-faire » et du capitalisme libéral amena les gouvernements à assumer

le contrôle de l'économie. Ces phénomènes se traduisirent par des expropriations et des nationalisations. Dès lors se trouvait en question la position en droit international des individus qui avaient investi dans des sociétés exerçant leur activité dans ces pays.

De nos jours le problème se pose exactement de la même manière en ce qui concerne l'exploitation des richesses des pays sous-développés par des sociétés à capitaux étrangers, contraintes néanmoins d'adopter l'allégeance juridique locale. La question n'a rien perdu de son actualité et de son importance.

Lorsqu'une telle situation se présente, la société en tant que telle ne pouvant bénéficier d'aucune protection, il n'est qu'une issue : la protection des actionnaires *ut singuli*. Cette protection est-elle possible, et suivant quelles modalités ?

Pour répondre à cette question, nous diviserons notre étude en deux chapitres. Le premier sera consacré à l'examen de la jurisprudence internationale et de la pratique des principaux Etats. Le second nous permettra d'en tirer quelques leçons et de préciser dans quelles limites et dans quelles conditions cette protection est possible.

Chapitre I

La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales

Nous étudierons tout d'abord la jurisprudence, dans une section I, puis la pratique des Etats dans une section II. Comme nous l'avons déjà signalé à propos des sociétés, la pratique conventionnelle, en raison de ses caractères particuliers qui peuvent s'analyser comme une dérogation à la règle générale, ne sera étudiée que dans la troisième partie.

Section I

La jurisprudence internationale

Jusqu'au commencement du xx^{e} siècle, la tendance est plutôt au refus de protection. Nous retrouvons ici l'influence néfaste de la conception qui fait de la personne morale une entité abstraite absorbant entièrement les individualités physiques qu'elle recouvre. Puis la tendance se renversera et la jurisprudence tendra à devenir favorable à la protection des actionnaires, sans toutefois, nous le verrons, qu'il soit possible d'observer une concordance parfaite dans les sentences rendues.

§ 1 : *L'ancienne tendance*

Trois décisions méritent ici d'être citées.

1° *Affaire Baasch et Römer* (293) :

Cette décision a été rendue par une des commissions chargées d'examiner les différends qui opposaient le Venezuela à différents Etats. Il s'agissait ici de la commission mixte Pays-Bas-Venezuela, et la sentence fut rendue en 1903.

Dans cette affaire, la Commission était saisie de trois réclamations distinctes présentées par MM. Baasch et Römer :

— au nom d'une société disparue constituée entre quatre personnes, dont trois étaient de nationalité hollandaise ;

— *au nom d'une société* dont ils étaient liquidateurs, la société « Leseur, Baasch et Römer », qui était composée de six membres, dont quatre avaient la nationalité hollandaise ;

---

(293) V. Ralston, *Venezuelian Arbitrations of 1903*, p. 906 et s. ; O.N.U., *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, pp. 723-726.

— *en tant que liquidateurs de ladite société*, pour le compte d'une société vénuzuélienne, la « Luz Eléctrica de Barquisimeto C° », au capital de 240 000 bolivars, qui avait fait faillite par suite de la destruction de ses biens au cours d'une guerre civile, et dans laquelle la société « Leseur, Baasch et Römer » possédait des actions dans une proportion d'environ 11 % du capital social, soit 26 800 bolivars. Baasch et Römer demandaient une indemnisation équivalente à la valeur des actions détenues par la société dissoute.

La Commission admit les deux premières réclamations dans une proportion correspondant aux intérêts néerlandais dans les sociétés en cause, soit jusqu'à concurrence des 3/4 dans un cas et des 2/3 dans l'autre. En revanche, la troisième réclamation fut rejetée. Le surarbitre Plumley se rallia aux conclusions de l'agent du Venezuela en déclarant que la société en cause était une société vénézuélienne et n'avait donc aucune place devant la commission.

> « Il n'est pas possible de considérer cette réclamation... La société en cause est une société vénézuélienne, créée par la loi du Venezuela et constituée conformément à cette loi ; et son siège social est fixé au Venezuela. La Commission est incompétente pour juger cette réclamation. C'est cette société dont les biens ont été lésés. Elle seule peut intenter à cet égard un recours devant les tribunaux vénézuéliens, mais elle n'a aucune place ici. Le fait que ses actionnaires soient hollandais est irrelevant. Le seul élément à considérer est la nationalité de la société. Par conséquent, la réclamation est rejetée » (294).

2° *Affaire Kunhardt* (295) :

Cette affaire fait également partie des arbitrages vénézuéliens de 1903. Elle fut soumise à la Commission américano-vénézuélienne. La société Kunhardt et C° était une société en participation formée entre trois ressortissants américains, Henry R. Kunhardt, George W. Kuhlke et Franz Mueller. Les deux premiers étaient natifs des Etats-Unis. Le troisième était né en Allemagne en 1859, mais avait été dûment naturalisé américain le 12 juin 1896. En juillet 1899, ces derniers prirent dans une société vénézuélienne, la Compania Anonima Trasportes en Encontrados, des participations s'élevant aux 5/6 du capital social. A la suite de l'annulation, en novembre 1900, par le Congrès vénézuélien, d'un contrat conclu entre le gouvernement de Caracas et la société en question, la société Kunhardt et C° demanda une indemnité en alléguant que la mesure décidée par le Congrès privait illégalement les actionnaires de la part de l'actif social sur laquelle ils pouvaient normalement compter.

---

(294) Ralston, *op. cit.*, pp. 909-910.

(295) *Ibid.*, p. 63 et s., et O.N.U., *Rec. cit.*, vol. IX, pp. 172-180.

Le commissaire vénézuélien refusa de reconnaître à « Kunhardt et C° » la capacité de se présenter devant la Commission. Si une réclamation devait lui être présentée, ce ne pouvait être que par l'intermédiaire des représentants qualifiés de la société, c'est-à-dire par les directeurs, ou, en cas de dissolution, par le liquidateur. Les actionnaires ne sont pas copropriétaires du capital, ils n'ont qu'un certificat leur donnant le droit de participer aux bénéfices et de devenir propriétaires de parts proportionnelles de l'actif au moment où la société est dissoute. La société vénézuélienne n'est pas dissoute. Elle garde donc l'intégralité de ses droits (296).

> « L'intégralité des droits sociaux continue d'appartenir à la société elle-même, l'exercice de l'action sociale n'incombant qu'au directeur et au Conseil d'administration et ne pouvant être attribué à une autre personne. »

Le commissaire américain fut d'accord avec son collègue pour rejeter la réclamation, mais seulement en raison du manque de preuve quant au montant exact des dommages subis par les réclaclamants (297). En revanche, il admit que Kunhardt et ses associés, en tant que citoyens des Etats-Unis et propriétaires de leur part dans la société dissoute, pouvaient présenter leur réclamation devant la Commission (298).

---

(296) Paùl, Commissaire vénézuélien : « The shareholders of an anonymous corporation are co-owners of the property of said corporation during its existence ; they only have in their possession a certificate which entitles them to participate in the profits and to become owners of proportional parts of the property and values of the corporation when this one makes an adjudication as a consequence of its final dissolution or liquidation. The Venezuelian commercial Code in art. 133 expressly determines that an anonymous corporation constitutes a juridical person distinctly separated from its shareholders... The integrity of the rights of the corporation remains in the corporation itself, and its exercice is specially and legally intrusted, by the common law, by the provisions of the commercial Code, and by the social contract, to the manager and the board of directors. Therefore, the said rights cannot be exercised by any other person that the director of the corporation... » (Cit. par RALSTON, *op. cit.*, p. 70).

(297) Bainbridge, Commissaire des Etats-Unis : « The real interest of Kunhardt and C° is an equitable right to their proportionate share of the corporate property after the creditors of the corporation have been paid... The value of the corporate shares and the extent of a shareholder's interest in the corporate property are absolutely dependent upon the relation which the assets of the corporation bear to its liabilities. The absence of such a showing in this case renders impossible the determination of Kunhardt and C°'s interest in the concession or the amount of loss they have sustained by its annulment. The claim must, therefore, be here disallowed. » (RALSTON, *op. cit.*, p. 63).

(298) « Messrs. Kunhardt and C° as citizens of the United States and the equitable owners of their proportionate share in the property of the dissolved corporation, have standing before this Commission to make claim for indemnity for such losses as they may prove they have sustained by reason of the wrongful annulment of the concession. » (*Ibid.*, pp. 67-68).

Finalement, la Commission rejeta la réclamation. Elle affirmait ainsi son attachement aux principes anciens. Toutefois, le désaccord entre les deux commissaires sur la motivation de la décision la rend peut-être moins probante que la décision Baasch et Römer.

3° *Affaire Henriquez* (299) :

Cette affaire fut également arbitrée par Plumley. La réclamation présentée en faveur d'un ressortissant néerlandais, Jacob M. Henriquez, qui était participant dans une société vénézuélienne, fut rejetée. Le gouvernement des Pays-Bas, en effet, renonça à son droit de répondre à l'exception tirée par l'agent vénézuélien du fait que la société en question n'avait pas la nationalité néerlandaise. Certes, la question du droit de protection n'a pas été abordée par l'arbitre. Mais le renoncement des Pays-Bas peut être considéré comme éloquent.

Comme nous le verrons plus loin, la même tendance opposée à la protection diplomatique des actionnaires se retrouve dans la pratique des Etats, au moins de la plupart d'entre eux, dans les années qui vont de 1850 à la fin du XIX^e^ siècle environ.

§ 2 : *La nouvelle tendance*

Une nouvelle tendance est apparue en liaison avec la nouvelle doctrine relative à la conception de la personnalité morale. La société cesse d'être une entité juridique abstraite, indépendante des personnes physiques qu'elle recouvre. La théorie nouvelle, dite de la réalité juridique, s'attache, par delà la personnalité artificielle du groupe social, aux éléments réels qui le constituent. Tout en « maintenant l'unité de la personne morale, elle ne perd pas de vue que c'est une unité complexe et que les personnes physiques qui la composent ne sont pas pour elle des tiers » (300).

Dès 1870, on note une affaire dans laquelle la Commission d'arbitrage se rallie aux nouveaux principes. Il s'agit de l'affaire Ruden.

— *Affaire Ruden* (301) :

En octobre 1869, un citoyen des Etats-Unis, associé de la maison Ruden et C°, de Païta, présentait à la Commission mixte de Lima, comme associé et représentant de cette firme, une demande d'indemnité pour l'incendie et la destruction de sa plantation d'Errepom, dans le département de Lambayeque, par une populace en armes, le 14 janvier 1868.

---

(299) RALSTON, *op. cit.*, p. 911.

(300) MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, vol. I, n° 15 *bis*.

(301) LA PRADELLE et POLITIS, *op. cit.*, vol. II, pp. 589-593 ; MOORE, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1654 ; v. aussi SEFERIADES, « Le problème de l'accès des particuliers aux juridictions internationales », *Rec. Cours*, 1935, t. I, p. 82 ; MERVYN JONES, *loc. cit.*, pp. 227-228 ; ROUSSEAU, *La protection diplomatique, précit.*, p. 117.

Le commissaire des Etats-Unis conclut à l'admission de la demande pour la totalité du préjudice. Le commissaire du Pérou se prononça pour le rejet total, ajoutant qu'à supposer la demande fondée, elle ne devait être admise que dans la mesure de la part sociale de Ruden, les autres associés n'étant pas citoyens des Etats-Unis. (Il s'agissait d'une société en nom collectif à laquelle était cependant reconnue la personnalité juridique.)

Le surarbitre Valenzuela accueillit la demande de Ruden *au nom personnel de celui-ci*. Si l'on peut dire, déclare-t-il, que les maisons de commerce ont une nationalité, cette nationalité est celle « du pays sur le territoire duquel elles résident, sous les lois duquel elles se sont formées, et par lequel elles sont gouvernées » (302). Le simple fait de prendre un nom américain ne peut donner à une société la nationalité des Etats-Unis. La société n'étant pas américaine, seul l'intérêt personnel de Ruden dans la société doit être pris en considération par la Commission.

Le cas Ruden inaugure donc la protection diplomatique des actionnaires. L'annotateur anonyme du *Recueil des Arbitrages internationaux* l'interprète ainsi : la réclamation doit avoir ou bien la nationalité de la société, ou bien la nationalité des associés ; « de deux choses l'une, en effet : ou l'on doit considérer la nationalité, toute abstraite, de la société, ou l'on doit considérer la nationalité, toute concrète, des associés. Dans le premier cas, Ruden, membre américain d'une société péruvienne, n'eût rien pu demander au Pérou, et du Pérou, rien obtenir » (303). On peut conclure, au contraire, avec Mervyn Jones (304), qu'il s'agit là d'un faux dilemme ; en fait, la possibilité existe de deux réclamations distinctes : une au nom de la société comme telle, une autre au nom des actionnaires. Il n'en reste pas moins que, « en accueillant la demande de Ruden, associé américain d'une société péruvienne, l'arbitre écarte donc le concept abstrait de la personnalité de la société, pour ne plus voir que la personnalité réelle de l'associé » (305).

L'évolution amorcée ici devait se poursuivre. Les décisions deviennent nombreuses qui admettent le principe de la protection distincte des actionnaires.

1° *Affaire de la société du chemin de fer de la baie de Delagoa :*

C'est le plus célèbre des précédents de la jurisprudence arbitrale. Le gouvernement portugais avait accordé, le 14 décembre 1883, à

---

(302) La Pradelle et Politis, *Rec. cit.*, II, p. 589.

(303) *Ibid.*, p. 592.

(304) *Loc. cit.*, p. 228.

(305) La Pradelle et Politis, *Rec. cit.*, II, p. 592.

un citoyen américain nommé Mac Murdo, une concession en vue de la construction d'une voie ferrée allant du port de Lourenço-Marquès à la baie de Delagoa. La ligne et ses prolongements étaient définis par des plans approuvés par le gouvernement portugais le 30 octobre 1884. L'acte de concession stipulait que Mac Murdo devait former une société régie par la loi portugaise. C'est ce qui fut fait, et la société prit le nom de « Compagnie des chemins de fer de Lourenço-Marquès et du Transvaal » (306).

Par la suite, Mac Murdo céda sa concession à la société et reçut, en contrepartie, la totalité du portefeuille-titres de cette dernière. Il voulut ultérieurement augmenter le capital social parce que la société, après diverses extensions, était incapable de se procurer des fonds pour satisfaire aux stipulations du contrat. Pour ce faire, Mac Murdo entra en contact avec des financiers anglais qui voulurent bien lui venir en aide à la condition qu'une nouvelle société fût constituée en Angleterre. Ce qui fut fait, et la nouvelle société prit le nom de « Delagoa Bay and East Africa Railway Company ». Son capital était de 500 000 livres. Mac Murdo transféra à la société tous les intérêts qu'il possédait dans la société portugaise, ainsi que tous les droits de concession. En contrepartie, les actions de la société anglaise lui furent attribuées, ainsi qu'une indemnité de 115 000 livres. La société britannique émit alors des obligations pour pouvoir payer Mac Murdo et procéder à l'augmentation de capital. Remarquons la situation assez étrange : d'une part, le capital d'une société portugaise était possédé dans sa quasi-totalité par une société anglaise ; d'autre part, la totalité du capital de la société anglaise appartenait à un citoyen américain, les fonds nécessaires à la construction du chemin de fer provenant des obligations émises par la société anglaise.

Le 24 juillet 1887, un plan fut présenté à l'ingénieur de la société anglaise à Lourenço-Marquès par l'ingénieur officiel portugais, le Major Machardo, par une lettre dans laquelle il était dit que le gouvernement portugais demandait l'extension du chemin de fer 9 kilomètres au-delà de la limite fixée dans les plans précédents. Cette extension devait être réalisée dans un délai de huit mois. La société ne put satisfaire à cette exigence. En conséquence, le Portugal annula la concession et procéda à la saisie du chemin de fer. Les gouvernements anglais et américain protestèrent contre cette décision. Le gouvernement portugais leur dénia tout droit d'intervention et déclara qu'il ne discuterait qu'avec la société portugaise, seule en cause.

---

(306) Sentence arbitrale du 29 mars 1900. V. Moore, *International Arbitrations*, vol. II, pp. 1865 à 1899 ; Moore, *Digest of international law*, vol. VI, pp. 641 à 649. Voir également Ralston, *Law and Procedure...*, § 268, pp. 149-151 ; et *R.G.D.P.*, 1901, pp. 194-195 en note.

Les Etats-Unis et la Grande-Bretagne réagirent. En mai 1889, Mr. Blaine, secrétaire d'Etat, demanda à l'ambassadeur à Lisbonne d'envoyer au Département d'Etat tous les documents relatifs à l'affaire. En même temps, il informa le Foreign Office « que le gouvernement des Etats-Unis coopérerait activement avec celui de Sa Majesté pour faire respecter les droits respectifs des ressortissants américains et anglais ». Quant à la position du gouvernement anglais, elle s'exprima ainsi :

> « Le Gouvernement de Sa Majesté est d'avis que le gouvernement portugais n'avait pas le droit d'annuler la concession, ni de confisquer les lignes déjà construites.
>
> » Il estime que l'action du gouvernement portugais est illégale, qu'elle a violé les droits évidents et porté atteinte aux intérêts de la société britannique, qui a été impuissante à l'empêcher, et que, comme celle-ci est pratiquement dépourvue d'existence (« practically defunct »), elle ne dispose d'aucun recours en dehors de l'intervention de son propre gouvernement. A son avis, les porteurs britanniques ont subi un sérieux préjudice en conséquence de la confiscation forcée, effectuée par le gouvernement portugais, de la ligne et des installations appartenant à la société britannique, ainsi que de l'atteinte portée aux garanties sur lesquelles les obligataires étaient en droit de compter ; et de ce préjudice le gouvernement de Sa Majesté est fondé à demander réparation » (307).

Dans cette note, le gouvernement britannique faisait donc remarquer que la société était pratiquement dépourvue d'existence, « practically defunct ». Mais il ne produisait aucune preuve à l'appui de cet argument, ce que ne manqua pas de relever le Portugal. Cette allégation, cependant, était certainement fondée sur le fait que la société avait été privée de sa propriété et ne fonctionnait plus normalement. Toutefois, les rapports des juristes de la Couronne des 15 juin et 18 août 1889 ne discutent pas ce point : leur avis, d'après lequel il convenait d'appuyer la réclamation de la société, a été nettement influencé par le fait que l'augmentation du capital correspondant à l'émission des obligations avait été souscrite « au su et avec l'approbation du gouvernement portugais ».

Les Etats-Unis, ayant observé eux aussi que « la société portugaise étant dépourvue de recours et ayant maintenant pratiquement cessé d'exister, le seul recours de ceux dont la propriété a été confisquée est l'intervention de leurs gouvernements respectifs » (308), se rallièrent aux vues de la Grande-Bretagne.

---

(307) State Papers, vol. 81, p. 691 : lettre du marquis de Salisbury à l'ambassadeur anglais à Lisbonne.

(308) Moore, *Digest...*, VI, p. 648.

On se trouve ainsi dans la situation par excellence où se justifie la protection des actionnaires : société ayant la nationalité de l'Etat même qui est la cause du dommage et ne pouvant plus se défendre elle-même. Cette protection spéciale des actionnaires allait-elle être consacrée ?

Le 25 juin 1889, un protocole fut signé entre les trois gouvernements et la question fut soumise à un tribunal arbitral composé de trois juristes suisses. Ce tribunal rendit sa sentence le 29 mars 1900 ; il condamna le Portugal à indemniser les ressortissants américains et britanniques en cause :

« 1° Le gouvernement du Portugal est condamné à payer aux gouvernements des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne, ensemble, en plus des 28 000 livres versées en acompte en 1890, la somme de 15 314 000 francs en monnaie légale suisse, avec, en plus, les intérêts simples de cette somme, au taux de 5 %, jusqu'au jour du paiement.

» 2° Cette somme, après déduction de ce qui est nécessaire pour couvrir les frais de l'arbitrage incombant aux parties demanderesses, et, de plus, le reliquat des 28 000 livres versées en acompte en 1890, seront affectés au paiement des créanciers obligataires et autres, de la Delagoa Bay Railway Company, selon leur rang. Les parties demanderesses dresseront à cet effet un état de distribution. Le gouvernement du Portugal aura à verser entre les mains du gouvernement des Etats-Unis la somme qui, suivant ledit état, reviendra à M^me^ Mac Murdo, représentée par ce dernier gouvernement en sa qualité de créancière obligataire en 1^er^ et 2^e^ rangs ; il versera le surplus au gouvernement de la Grande-Bretagne pour compte de tous les autres ayants-droit.

» Berne, le 29 mars 1900 » (309).

Cette sentence est extrêmement importante. Il y sera souvent fait allusion par la suite. Certes, le tribunal ne s'est pas prononcé directement sur la question de savoir si les gouvernements anglais et américain avaient le droit d'intervenir au nom de leurs ressortissants. L'article premier du compromis d'arbitrage signé à Berne assignait, en effet, au tribunal de :

« fixer, comme il lui semblera le plus juste, le montant de l'indemnité due par le gouvernement portugais aux réclamants des deux autres Etats par suite de l'annulation de la concession et de la prise de possession de ce chemin de fer » (310).

Il n'en faut pas pour autant conclure que la sentence ne prouve rien quant à la protection diplomatique des actionnaires (311).

(309) *R.G.D.P.*, 1901, pp. 194-195 en note.
(310) Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1874.
(311) V. par exemple Hyde, *International law...*, *précit.*, vol. I, p. 489 ; Sereni, « La cittadinanza... », *cit.*, pp. 193-194.

Même si le tribunal ne s'est pas prononcé directement sur la question, la sentence qu'il a rendue reconnaît aux actionnaires le droit à indemnité. D'autre part, plusieurs décisions arbitrales, par la suite, s'y référeront comme à un précédent ayant une autorité particulière en faveur du principe qui reconnaît à un Etat le droit d'intervenir pour protéger ses ressortissants actionnaires d'une société étrangère. Telle fut, par exemple, la sentence rendue dans l'affaire de la « Salvador Commercial Company ».

2° *Affaire de la « Salvador Commercial Company »* (312) :

En 1894, le gouvernement du Salvador avait accordé à deux citoyens des Etats-Unis et à deux citoyens du Salvador une concession pour établir un service de navigation à vapeur dans le port d'El Triunfo, à la condition toutefois — nous retrouvons là l'exigence traditionnelle — qu'ils forment une société régie par les lois salvadoriennes. D'où la constitution d'une société salvadorienne nommée « El Triunfo Company ». Son président et son secrétaire étaient américains, et la majorité des actions appartenait à la Salvador Commercial Company, société américaine qui avait son siège social en Californie.

Quelque temps après, à la suite de manœuvres irrégulières de certains individus, le conseil d'administration fut remplacé par des hommes de paille qui, désireux de favoriser des intérêts concurrents, ouvrirent contre la société une procédure de faillite. La Salvador Commercial C°, avec d'autres capitalistes américains, tentèrent de faire annuler la procédure de faillite et de réinstaller l'ancien personnel directeur. Enfin, le gouvernement du Salvador promulgua un décret fermant le port d'El Triunfo et accordant à d'autres personnes, toutes ressortissantes du Salvador, le bénéfice des avantages de la concession de 1894. Pratiquement, c'était l'annulation de la concession.

Le gouvernement américain intervint pour défendre ses ressortissants et demanda que la réclamation fût soumise à arbitrage. En réponse au mémoire du Salvador disant que l'affaire, affectant une société salvadorienne, relevait exclusivement des tribunaux salvadoriens, les Etats-Unis élevèrent des protestations en arguant que les citoyens américains, qui étaient les propriétaires de l'entreprise, s'employaient à procéder par les méthodes judiciaires quand le Président du Salvador prit le décret annulant la concession, acte qui, quel que soit son motif, est indéfendable au point de vue du droit interne, du droit international et de la justice en général. A la suite de ces protestations, un compromis d'arbitrage fut signé entre les deux Etats le 19 décembre 1901.

---

(312) Moore, *Digest...*, vol. VI, § 984, p. 649 ; Papers relating to the Foreign relations of United States, 1902, pp. 838-852 et 862-873.

La sentence fut rendue le 8 mai 1902. Elle reconnut le droit à indemnité des ressortissants américains actionnaires de la Compagnie salvadorienne, sur la base d'une référence formelle à l'affaire de la Delagoa Bay Railway C°. Les arbitres, MM. Strong et Dickinson, conclurent d'abord que le décret du gouvernement salvadorien, même s'il pouvait, en lui-même, être considéré comme légitime, n'aurait pas dû intervenir au cours du procès. Ensuite, ils déclarèrent que l'action dirigée contre la société avait un caractère frauduleux, qu'elle résultait d'une entente entre les nouveaux administrateurs, entente manifestement dirigée contre les actionnaires américains. Enfin, et surtout, en ce qui concerne le droit d'intervention du gouvernement américain, les arbitres déclarèrent :

> « Nous n'avons pas discuté la question du droit pour les Etats-Unis de présenter d'après le droit international une réclamation au nom des actionnaires d'El Triunfo C°, société interne du Salvador, car ce problème est clairement résolu par les conclusions de l'arbitrage souvent cité et parfaitement clair (« well-understood ») du chemin de fer de la Baie de Delagoa » (313).

Le Professeur Rousseau (314) regrette cette discrétion quant à la motivation de la sentence. Il n'en admet pas moins qu'il aurait été difficile de ne pas reconnaître aux Etats-Unis le droit d'intervenir, étant donné que la manœuvre frauduleuse venait du gouvernement du Salvador lui-même, étant donné aussi le caractère national de la demande américaine. Pour notre part, remarquons que les arbitres semblent considérer comme un principe désormais reconnu le droit pour un Etat d'intervenir au nom de ses ressortissants actionnaires d'une société étrangère.

3° *Affaire Cerruti* (315) :

Un ressortissant italien, Ernest Cerruti, s'était fixé en Colombie en 1869 et y fonda une société en commandite de nationalité colombienne, la société E. Cerruti et C°, avec le concours de quatre citoyens colombiens. En janvier 1885, une guerre civile éclata dans le sud-ouest du pays, dans la région de Cauca. Cerruti fut accusé d'avoir participé, au moins indirectement, au mouvement insurrectionnel et les autorités colombiennes, s'appuyant sur une loi de 1879, confisquèrent ses biens personnels, ainsi que ceux qu'il possédait « en commun » avec deux rebelles colombiens, formule qui désignait les biens de la société en commandite.

Le 15 avril 1885, l'Italie demanda réparation à la Colombie. Après nombre d'incidents et rupture des relations diplomatiques entre les

---

(313) Moore, *Digest...*, vol. VI, p. 651.
(314) Rousseau, « La protection diplomatique », *cit.*, p. 124.
(315) Darras, « L'affaire Cerruti entre la Colombie et l'Italie », *R.G.D.I.P.*, 1899, pp. 533 à 552 ; Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 2121.

deux Etats le 16 décembre 1885, un compromis fut signé grâce aux bons offices de l'Espagne. Il y eut deux conventions ; l'une d'elles, signée le 24 mai 1886, soumettait la réclamation Cerruti à la médiation du gouvernement espagnol (316). Celui-ci condamna la Colombie à restituer les meubles confisqués à Cerruti et à verser à l'Italie une indemnité qui devait être fixée par une Commission mixte italo-colombienne siégeant à Caracas.

Mais cette Commission fit traîner ses travaux. Devant cette lenteur, Italie et Colombie, le 18 août 1894, dans la petite ville ensoleillée de Castellamare di Stabia, à quelques kilomètres de Naples, signèrent un protocole (317) soumettant à l'arbitrage du Président des Etats-Unis, alors Grover Cleveland, la réclamation du sieur Cerruti.

Le 2 mars 1897, Cleveland condamnait la Colombie à payer des dommages-intérêts (318). L'indemnité globale s'élevait à 60 000 livres et devait compenser les dommages soufferts par la propriété individuelle de Cerruti, ainsi que ceux qu'il avait subis en sa qualité d'associé de la firme « Cerruti et C° ».

Le gouvernement colombien protesta aussitôt et fit remarquer que les questions intéressant les sociétés nationales ne pouvaient être régies que par les dispositions de lois internes ; que, par conséquent, on ne pouvait attribuer valeur de précédent à la sentence de l'arbitre ayant considéré ces questions comme relevant du droit international. Cependant, devant une menace d'action navale de la part de l'Italie, la Colombie versa la totalité de l'indemnité.

Il faut malheureusement noter, ce qui ressort clairement du texte de la sentence, que l'arbitre n'a nullement jugé utile d'examiner si le gouvernement italien avait compétence pour présenter la réclamation de Cerruti en tant qu'associé. Cette sentence n'est donc pas motivée, comme beaucoup de sentences arbitrales rendues à cette époque par des chefs d'Etat. Elle fait droit sans justification à toutes les réclamations italiennes, y compris celle qui était relative au dommage subi par Cerruti en tant qu'associé. Aussi a-t-elle été critiquée par la doctrine (319), à juste titre semble-t-il. Avec le Professeur Rousseau, nous conclurons que « trop d'éléments de droit et de fait (absence de motivation, exécution de la sentence sous menace de contrainte armée) empêchent de reconnaître pleine valeur de précédent à la sentence de 1897 » (320).

---

(316) V. texte dans DARRAS, *loc. cit.*, pp. 535-536.
(317) V. texte dans DARRAS, *loc. cit.*, pp. 537-538.
(318) Texte : *ibid.*, pp. 539-541.
(319) Cf. DARRAS, *loc. cit.*, pp. 544 à 552.
(320) « La protection... », *précit.*, p. 122.

Voici maintenant une autre sentence rendue par un chef d'Etat.

4° *Affaire Alsop* (321) :

Il s'agit d'une sentence arbitrale rendue en 1911 par le roi George V. Nous avons déjà relaté la phase de cette affaire qui intéresse la protection des sociétés comme telles (322). Rappelons qu'il s'agissait de la réclamation de deux associés d'une société constituée selon la loi chilienne. Cette société, à l'origine, avait été composée de dix associés, tous ressortissants américains, mais il n'en restait plus que deux en vie au moment du litige, dont Alsop.

A la suite de pertes subies par la société et imputables aux autorités chiliennes, Alsop présenta une réclamation devant la Commission mixte Etats-Unis-Chili de 1901 en tant que liquidateur. On se rappelle que la Commission rejeta cette réclamation en se fondant sur le fait que la société était, en vertu de la loi chilienne, une personne juridique, une entité distincte des associés pris individuellement et que, en tant que telle, il fallait la considérer, étant donné sa nationalité, comme un « ressortissant du Chili ». La sentence ajoutait cependant que le rejet de la réclamation ne préjugeait en rien des droits que les associés pourraient faire valoir en tant qu'individus, et l'affaire s'engagea alors dans sa seconde phase.

Les négociations reprirent en effet. Le gouvernement des Etats-Unis prit fait et cause pour les intérêts de ses ressortissants. Le secrétaire d'Etat Knox s'exprimait ainsi :

> « Il est, en effet, exact que, en vue d'exercer un commerce au Chili, la société « Alsop et C° » a été formée sous la loi chilienne et qu'elle est, en ce sens, devenue une société chilienne. Cependant, il ne faut pas oublier que les associés étaient tous des ressortissants américains, qu'ils ont investi dans leur entreprise des capitaux américains, que les pertes subies ont touché des citoyens américains et qu'elles avaient pour résultat la destruction d'une entreprise et des capitaux américains » (323).

Il est important de noter que ce texte insiste sur le fait que la société n'exerçait plus ses activités et que, pratiquement, elle n'existait plus. Remarquons, avec M. Kiss (324), que, dans ces conditions, refuser au gouvernement américain le droit de protéger les associés de cette société revenait pratiquement à nier tout droit de protection diplomatique.

---

(321) Moore. *Digest of international law*, vol. III, p. 802 ; Ralston, *Law and Procedure...*, n° 275 ; v. aussi Hackworth, *Digest...*, vol. V, pp. 828-830 ; Hyde, *International Law...*, t. II, p. 902 ; Cecil Hurst, « Nationality of claims », *B.Y.I.L.*, 1926, p. 75.

(322) *Supra*, pp. 100-101.

(323) Moore, *Digest...*, vol. III, p. 802.

(324) « La protection diplomatique des actionnaires... », *précit.*, dans *La personnalité morale et ses limites*, p. 183.

Finalement, aux termes d'un compromis conclu le 1er décembre 1909 (325), l'affaire fut soumise par les deux gouvernements à l'arbitrage du roi d'Angleterre George V, qui rendit sa sentence en 1911. Remarquons que le roi était choisi en qualité d' « amiable compositeur ». Sa sentence (326) fit droit aux réclamations d'Alsop, qui put ainsi obtenir une indemnité. Toutefois, si l'on remarque que le compromis autorisait l'arbitre à statuer « en équité et comme amiable compositeur », « sans attacher une trop grande importance aux considérations techniques qui pourraient être présentées de part et d'autre », et que, pas plus que Cleveland, le roi Georges V n'a motivé au fond sa sentence, on peut n'être, encore une fois, qu'à demi-convaincu de sa valeur de précédent. Il est néanmoins intéressant de noter que l'arbitre a catégoriquement rejeté l'exception d'irrecevabilité que le Chili avait tirée de la nationalité de la société, car, si cette exception avait été admise, cela « aurait pratiquement exclu la possibilité de statuer en équité sur le bien-fondé de la réclamation ». Cela n'empêche pas un auteur tel que Beckett (327) de refuser à ce précédent la valeur d'une sentence arbitrale.

5° *Affaire Canevaro* (328) :

Cette sentence, qui date de 1912, est, semble-t-il, en retrait par rapport aux cas précédents. Toutefois, ses caractères particuliers imposent une appréciation nuancée.

Le litige opposait l'Italie au Pérou ; il avait son origine dans une créance dont les réclamants se prétendaient bénéficiaires en vertu de son endossement. Ce litige avait été déféré à la Cour permanente d'Arbitrage par un compromis en date du 25 avril 1910.

Le gouvernement péruvien soutenait que la société en cause, la société en nom collectif José Canevaro y Hijos, était péruvienne parce que le centre de ses affaires était au Pérou et parce que son siège social était à Lima, bien que les associés fussent pour la plupart italiens ; que la société, dans ces conditions, relevait exclusivement des lois péruviennes ; qu'elle ne pouvait donc prétendre à la protection de l'Etat italien.

Dans son contre-mémoire, rédigé par le grand juriste Vittorio Scialoja qui fut, après 1919, l'un des représentants de l'Italie à la Société des Nations, le gouvernement italien objectait que ce fait ne diminuait en rien « le droit que l'Etat italien a de protéger comme

---

(325) Voir *A.J.I.L.*, 1911, p. 1079 et s.

(326) *Ibid.*, p. 1085.

(327) « Diplomatic claims in respect of injuries to companies », *Transaction of the Grotius Society*, 1932, vol. 17, p. 190.

(328) De Boeck, « La sentence arbitrale de la Cour permanente de La Haye dans l'affaire Canevaro » ; *R.G.D.I.P.*, 1913, pp. 317 à 372 ; Kohler, « Die Lehren des Canevarofalles », *Zutschrift für Völkerrecht*, 1913, pp. 1 à 10.

ses propres sujets les sociétaires italiens de cette maison, même dans les droits qui leur viendraient en passant par la personne sociale » ; que « la protection nationale doit s'étendre à la partie de l'actif patrimonial qui se développe dans une société en nom collectif où, tout au moins indirectement, le patrimoine des sociétaires se trouve complètement engagé » (329).

Le gouvernement italien posait ici la question de la protection distincte des actionnaires. Cependant, la Cour ne se prononça pas sur cette question. Il fallut d'abord qu'elle se prononçât sur la nationalité des associés qui, pour des raisons un peu analogues à celles que l'on trouve dans l'affaire Nottebohm, était sujette à discussion. Comme, en fin de compte, la Cour admit la nationalité péruvienne des associés, la justification d'une protection distincte de l'Italie à leur égard disparaissait.

A vrai dire, on ne peut guère tirer de conclusion de cette sentence quant à la question qui nous occupe. Retenons seulement que, vue sous l'angle pratique diplomatique, l'affaire montre une attitude de l'Italie favorable à la protection de ses ressortissants actionnaires, mais que, étant donné le silence de la Cour sur la question de principe soulevée par l'Italie, on est plutôt tenté de voir dans la sentence un recul par rapport aux sentences Delagoa ou El Triunfo.

6° *Affaire Ziat et Ben Kiran* (330) :

Il s'agit dans cette affaire de la position probablement la plus explicite qui ait été prise en la matière. L'affaire fut soumise à l'arbitrage du professeur Max Huber sur la base du compromis anglo-espagnol du 29 mai 1923 ; elle faisait partie de l'ensemble des réclamations présentées par le gouvernement de la Grande-Bretagne pour dommages causés à ses ressortissants dans la zone espagnole du Maroc.

Ici, l'indemnité était demandée pour dommages résultant de la destruction de marchandises et de livres de comptabilité appartenant à une société espagnole constituée entre deux associés : un Marocain protégé espagnol, Ben Kiran, et un Marocain devenu Anglais par naturalisation, Mohammed Ziat. La recevabilité de la réclamation fut contestée par l'Espagne, qui s'appuyait sur la thèse traditionnelle : l'association fondée par les deux réclamants, établie à Mellila, territoire placé sous la souveraineté espagnole, constituait selon le droit espagnol une personne morale distincte, douée de la nationalité espagnole. La sentence de Max Huber du 29 décembre 1924 rejette la réclamation. Mais les raisons invoquées à l'appui de ce rejet n'ont rien à voir avec le problème en cause : il se trouva

(329) V. texte dans de Boeck, *loc. cit.*, p. 351.

(330) O.N.U., *Rec. cit.*, vol. II, pp. 729-730 ; v. aussi Kiss, *loc. cit.*, pp. 185-186, et Rousseau, *loc. cit.*, pp. 129-130.

simplement que la responsabilité du gouvernement espagnol ne put être prouvée. Dans ces conditions, déclare la sentence, « la question préalable de la légitimation active du réclamant ne demande plus à être résolue ».

Sur le problème qui nous intéresse, c'est-à-dire celui du droit à réparation des associés *ut singuli* ramené par l'arbitre à une question d'espèce, ce dernier s'exprime ainsi :

« Le représentant espagnol conteste la recevabilité de la présente réclamation parce que l'association formée par Mohammed Ziat (sujet naturalisé britannique) et par Ben Kiran (Maure), fondée et établie à Mellila (territoire placé sous la souveraineté espagnole), constitue d'après le droit espagnol une personne juridique distincte et, comme telle, de nationalité espagnole.

» Tout en ne contestant pas les déclarations faites par le représentant espagnol au sujet de la nature juridique des associations régies par le droit espagnol, le rapporteur constate que, *malgré le fait que beaucoup de systèmes de droit admettent l'existence indépendante de sociétés en nom collectif, la jurisprudence prépondérante des tribunaux arbitraux reconnaît la possibilité de distinguer pour les besoins d'une litigation internationale, entre les parts contributives des sociétaires d'un côté, et la société même de l'autre. Le droit international qui, dans ce domaine, s'inspire essentiellement des principes de l'équité, n'a établi aucun critère formel pour accorder ou refuser la protection diplomatique à des intérêts nationaux liés à des intérêts appartenant à des personnes de nationalité différente* (331). Dans ces conditions, il serait nécessaire, même si la thèse espagnole devait être admise, d'examiner les mérites de chaque cas d'espèce afin de déterminer si le dommage dont il s'agit a frappé immédiatement la personne en faveur de laquelle la réclamation fut présentée, ou si cette personne n'est que le créancier d'une autre personne qui serait, elle, immédiatement frappée.

» Pour ces raisons, et en tenant compte aussi du fait que la réclamation est présentée seulement en faveur de Mohammed Ziat, dont la qualité de sujet britannique n'est pas contestée, *il n'est en tous cas pas possible d'écarter d'emblée la réclamation comme irrecevable* (331). En entrant en matière, comme la question fondamentale de la responsabilité est controversée, il convient de la trancher avant de pousser plus loin l'examen de la question de la légitimation active du gouvernement britannique » (332).

---

(331) C'est nous qui soulignons.

(332) O.N.U., *Rec. cit.*, vol. II, pp. 729-730.

L'opinion de Max Huber peut être considérée comme la consécration du droit pour l'Etat d'intervenir diplomatiquement en faveur de ses ressortissants actionnaires d'une société étrangère.

7° *Affaire Shufeldt* (333) :

Cette affaire est également très explicite. Elle naquit d'un litige opposant le Guatemala aux Etats-Unis. Le gouvernement guatémaltèque avait conclu avec des personnes privées un contrat de concession, à la condition, de nous maintenant bien connue, que les concessionnaires forment une société soumise à la loi du Guatemala. Cependant, quelque temps après, la concession fut annulée. P. W. Shufeldt, citoyen américain, un des principaux intéressés, se tourna vers son gouvernement pour lui demander protection. Le différend fut soumis à l'arbitrage d'un magistrat britannique. Celui-ci rendit sa décision le 24 juillet 1930. Il observa qu'il n'y avait pas lieu d'étudier le point de savoir si Shufeldt avait formé une société et, dans l'affirmative, quelle en était la nationalité ; qu'en effet, les droits en cause n'étaient pas ceux de la société en nom collectif, mais l'intérêt personnel de Shufeldt. Il conclut :

> « Le droit international ne veut pas être lié par autre chose que par la justice naturelle, quelles que soient les exigences du droit interne ou autre ; il regarde derrière la personne juridique pour déterminer les intérêts réels qui y sont engagés » (334).

8° *Affaire de la Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers* (plus couramment citée par les initiales D.A.P.G.) (335) :

Cette affaire opposa le gouvernement des Etats-Unis à la Commission des Réparations interalliée. La sentence fut rendue le 5 août 1926.

En vertu du paragraphe premier de l'annexe III à la partie VIII du Traité de Versailles, le gouvernement allemand devait livrer aux principales puissances alliées et associées représentées par la Commission des Réparations la propriété de tous les navires marchands allemands d'au moins 1 600 tonnes, afin de remplacer le tonnage allié perdu ou endommagé pendant les opérations de guerre. L'Allemagne s'exécuta, mais livra à la Commission certains pétroliers qui appartenaient à la D.A.P.G. Cela n'aurait rien eu que de très normal si, comme le fit remarquer une société américaine, la Standard Oil de New-Jersey, la D.A.P.G. n'avait été créée par elle, avec un capital de 60 millions de marks souscrit par elle. La Standard Oil revendiquait donc la propriété des navires, d'autant plus qu'à la

---

(333) Hackworth, *Digest of international law, vol.* V, pp. 830-831 ; v. aussi *A.J.I.L.*, 1930, p. 799, et Kiss, *loc. cit.*, pp. 184-185.

(334) Hackworth, *op. cit.*, vol. V, p. 831.

(335) O.N.U., *Rec. cit.*, vol. II, pp. 779 à 796.

date de l'entrée en vigueur du Traité de Versailles, elle possédait la totalité du capital-actions de la D.A.P.G. et la quasi-totalité du capital-obligations. Elle en concluait qu'elle avait sur les navires livrés un droit d'usufruit d'un type spécial (« beneficial ownership ») ; que, par conséquent, ces navires ne pouvaient pas être propriété allemande au sens où l'entendait l'Annexe III. Après de nombreuses discussions, un compromis d'arbitrage fut signé à Paris le 7 juin 1920.

Le Tribunal spécial, composé de MM. Sjoeborg, Lyon et Bayne, rendit, le 5 août 1926, une décision rejetant la réclamation de la Standard Oil pour la raison que la participation d'un actionnaire à l'actif d'une société ne créait pas à son profit un droit distinct et positif de propriété ; que, dans aucune des affaires célèbres citées à titre de précédent, il n'avait été question d'accorder aux actionnaires ou aux porteurs de titres des droits sur une quelconque partie de l'actif de la société. Mais reportons-nous plutôt au texte même de la sentence :

> « Constater qu'une personne physique, une personne morale ou un groupe de personnes physiques ou morales exerce une influence prépondérante sur une personne morale donnée n'équivaut évidemment pas à affirmer ou à admettre qu'elle a un droit de propriété sur cette dernière.
>
> » Cela est si vrai que, lorsque la personne morale ainsi contrôlée est une personne ennemie, sa propriété peut être saisie sans qu'il y ait lieu de tenir compte du fait que les tierces personnes exerçant ledit contrôle sont alliées ou neutres.
>
> » ...Enfin, les sentences arbitrales ou internationales citées par la Standard Oil, en particulier celles rendues dans les affaires de la Baie de Delagoa, El Triunfo, Alsop et de l'Orinoco Steamship C°, ne peuvent être invoquées à l'appui de cette théorie. Dans aucun de ces cas, il n'a été question d'accorder ou de transférer aux actionnaires ou aux obligataires réclamants des droits de participation à l'actif social, mais seulement de leur accorder une indemnité pour intervention injustifiée d'un gouvernement. En outre, dans tous ces cas et particulièrement dans les deux premiers, qui sont les plus importants, il a été clairement spécifié que les actionnaires et les obligataires étaient admis à exercer non leurs droits propres, mais les droits que la société illégalement dissoute ou spoliée était désormais incapable d'exercer ; et ceux-ci cherchaient en conséquence à mettre en œuvre non pas des droits directs et personnels, mais des droits indirects et concédés » (336).

Enfin, après avoir ainsi distingué entre le droit qu'avait la Standard Oil de revendiquer la restitution des navires de la D.A.P.G.

(336) O.N.U., *Rec. cit.*, vol. II, pp. 729-730.

et le droit à la demande d'indemnité pour les dommages soufferts par les ressortissants américains, la Commission conclut que les demandes américaines n'étaient pas assez motivées.

Pour le Professeur Rousseau, cette sentence marque une réaction très nette par rapport à la jurisprudence inaugurée en 1870 par la Commission mixte de Lima dans l'affaire Ruden (337). Beckett interprète l'affaire d'une manière différente (338) : pour lui, le rejet de la réclamation prouve que le tribunal décida que la D.A.P.G. était une société de nationalité allemande, bien que toutes ses actions fussent possédées par des ressortissants américains et que le contrôle, ainsi, fût américain. Elle est donc la preuve de l'attachement du tribunal aux principes traditionnels de détermination de la nationalité. Nous pensons, au contraire, avec M. Kiss (339), que le fait même qu'un compromis ait été conclu implique la reconnaissance du droit qu'avait le gouvernement des Etats-Unis d'intervenir en faveur de la Standard Oil, propriétaire de la majorité des capitaux de la D.A.P.G. Il n'était même pas nécessaire que la Commission se prononçât sur ce point.

Avec cette affaire, nous en avons fini avec la jurisprudence internationale. Nous aurons l'occasion, dans le chapitre suivant, de méditer sur celle-ci et de nous demander dans quelle mesure elle consacre, ou ne consacre pas, le droit pour un Etat d'intervenir en faveur d'actionnaires qui sont ses ressortissants. Dès maintenant toutefois, remarquons que cette jurisprudence, même après 1900, est sujette à variations et que, bien souvent, elle est ambiguë, comme par exemple dans l'affaire de la D.A.P.G.

Section II

La pratique diplomatique

Son évolution est parallèle à celle de la jurisprudence internationale. Au début de la seconde moitié du XIX^e^ siècle, la conception traditionnelle — absence de protection — domine. Puis, peu à peu, les gouvernements se décident à intervenir en faveur de leurs actionnaires. Mais là encore, la valeur des précédents reste inégale.

§ 1 : *L'ancienne tendance*

Elle est surtout représentée par la pratique américaine et par la pratique anglaise, la France, comme nous le verrons, ayant toujours été favorable à la protection de ses ressortissants actionnaires de sociétés étrangères.

---

(337) « La protection... », *précit.*, p. 130.
(338) *Loc. cit.*, pp. 185-186.
(339) *Loc. cit.*, p. 182.

A. *La pratique américaine :*

On citera deux prises de position caractéristiques. La première s'est manifestée à l'occasion de l'affaire de l' « Antioquia » (340).

En 1865, les autorités colombiennes, en plein accord avec le gouvernement, saisirent le navire nommé « Antioquia », qui appartenait à la « Compania Unida de Navegación por vapor en el Rio Magdalena ». L'origine et la constitution de cette compagnie ne furent pas établies, mais il apparut que près de la moitié du capital social appartenait à des ressortissants américains. Les motifs de la saisie étaient : 1° que le navire avait violé un ordre prohibant le transport de suspects politiques ; 2° que les nécessités militaires commandaient cette saisie pour les besoins du transport des troupes, besoins d'intérêt général. Le président de la Colombie offrit de restituer le navire avec indemnité, mais un accord sur ce point ne put se réaliser. Les actionnaires américains se retournèrent alors vers leur gouvernement. Le secrétaire d'Etat Seward refusa d'intervenir en leur faveur. Certes, leurs intérêts représentaient moins de la moitié du capital social. Mais ce n'est pas ce fait qui arrêta le secrétaire d'Etat. Son refus avait une portée plus générale : l'obstacle réel à l'intervention, c'était la nationalité colombienne de la société. Comme nous l'avons fait remarquer plus haut, les Etats-Unis seraient intervenus si les actions avaient « été soumises à une confiscation injustifiée » pour « la raison spécifique qu'elles étaient la propriété d'un Américain ». Mais la question posée aurait alors été tout autre : c'est le cas où l'actionnaire est atteint dans ses droits de personne privée, droits subjectifs distincts de ceux de la société comme telle.

En 1875, les Etats-Unis adoptèrent la même attitude dans l'affaire de la « Compania Salitrera del Perù » (341).

Par une loi de 1875, le gouvernement péruvien expropria quelques gisements de nitrate, indemnisant les propriétaires avec le produit d'une émission d'obligations qui furent pour la plus grande partie placées auprès de la Compagnie en question. Une large partie du capital de cette compagnie était possédée par le Banco Nacional del Perù. Quelques citoyens américains, actionnaires à la fois de la Compania Salitrera et de la Banque, protestèrent contre ce procédé et déclarèrent que la Compagnie avait été dépossédée de ses droits. Ils demandèrent l'intervention des Etats-Unis. Là encore l'intervention fut refusée : les actionnaires américains avaient seulement droit à leur dividende ; les droits prétendument lésés ne leur appartenaient pas, ils étaient exclusivement ceux de la personne morale et ne pouvaient donner lieu à réclamation de la

(340) Moore, *Digest of international law*, vol. VI, § 985, pp. 644-646.
(341) Moore, *Digest...*, vol. VI, § 985, pp. 646-647.

part des actionnaires ; même si tous les membres de la société avaient été citoyens américains, ils n'auraient pas pu réclamer pour leur propre compte, mais auraient dû présenter la réclamation pour le compte de la société en qualité de propriétaires ; la société était péruvienne sous tous les angles, par conséquent les Etats-Unis ne pouvaient pas intervenir ; on pouvait seulement admettre que les représentants diplomatiques américains exerçassent leurs bons offices en faveur des réclamants.

En 1885, enfin, le même gouvernement des Etats-Unis refusa d'intervenir en faveur d'actionnaires américains de sociétés chiliennes. Là encore, l'action se limita à une offre de bons offices. Le même fait avait déjà eu lieu en 1865 (342).

B. *La pratique anglaise.*

Des principes identiques régissaient à cette époque la pratique du gouvernement de la Grande-Bretagne.

On peut citer tout d'abord deux avis de Harding, juriste de la Couronne, des 12 août et 11 novembre 1858 (343). Harding déconseillait au gouvernement britannique d'intervenir au nom d'actionnaires d'une société anonyme — de chemins de fer — formée dans le duché de Nassau. Toutefois, ajoute Lord MacNair en rapportant l'affaire, Harding ne traita pas la question du statut des actionnaires étrangers dans une société de la manière dont celui-ci fut compris plus tard. Son point principal fut qu'il n'y avait aucune discrimination à faire en faveur des actionnaires anglais, et que les personnes qui devenaient actionnaires dans des sociétés étrangères devaient le faire à leurs risques.

On peut citer une seconde affaire, qui date de 1866. Il s'agit d'un avis donné le 12 août de cette année-là par l'avocat de la Reine, Sir Robert Phillimore, qui conseillait au Foreign Office de donner au ministre de Grande-Bretagne à Mexico des instructions visant à limiter à une offre de bons offices l'intervention en faveur d'un actionnaire anglais d'une société de chemins de fer mexicains. Les biens de cette société avaient été saisis par le gouvernement mexicain. Il était recommandé audit actionnaire d'utiliser « principalement » les recours internes (344).

C'est à la fin du XIX^e^ siècle que l'évolution se produisit et que les gouvernements commencèrent à devenir favorables à la protection diplomatique des actionnaires.

---

(342) MOORE, *op. cit.*, vol. VI, p. 644.

(343) MACNAIR, *International Law opinions, précit.*, vol. II, p. 34.

(344) MERVYN JONES, *loc. cit.*, p. 229.

§ 2 : *La nouvelle tendance*

A. *La pratique française :*

Dès 1901, la pratique française se montre favorable à la protection de ses ressortissants actionnaires dans les sociétés étrangères. A cette date on note une affaire importante, l'affaire de la « Société des quais, docks et entrepôts de Constantinople » (345).

Cette société fut fondée en 1890 pour la construction et l'exploitation des quais sur les deux rives de la Corne d'Or. Sa dénomination était ottomane, mais ses capitaux étaient français, de même d'ailleurs que ses fondateurs et son personnel. Le gouvernement ottoman, par un contrat (« firman ») de concession, lui accorda le droit d'exploiter les quais et d'établir des docks et des entrepôts douaniers avec possibilité d'émettre des warrants et de se livrer à l'exploitation d'un service de bacs à vapeur et de tramways.

Or, la société fut longtemps sans pouvoir entrer en possession des avantages à elle accordés. Il s'en fallut même de peu que le Sultan ne rachète la concession. Une commission ottomane fut instituée pour étudier la question et pour négocier avec la société. En attendant, toutes les questions pendantes entre le gouvernement et la compagnie étaient ajournées. Cependant, dès septembre 1900, les négociations furent suspendues.

Devant cette situation, l'ambassadeur de France à Constantinople, sur les instructions du gouvernement français, demandait au gouvernement ottoman que la société puisse enfin entrer en possession des droits qui lui étaient accordés par l'acte de concession. C'est alors que les négociations reprirent. Mais, au moment où il avait été décidé que la concession serait rachetée à un prix fixé par le gouvernement ottoman, celui-ci proposa un nouveau projet qui tentait de lier la société tout en se laissant pleine liberté. L'ambassadeur refusa et quitta Constantinople, sur un ordre de Paris, le 31 août 1901. Le 26 octobre de la même année, M. Delcassé envoyait une note au chargé d'affaires de France à Constantinople, note qui déclarait que le gouvernement français, « après avoir usé de patience aussi longtemps qu'il a pu espérer obtenir de la Porte un règlement amiable » de ce différend, allait se décider à saisir la douane de Mitylène, à l'administrer et à en retenir les produits nets jusqu'à ce que la Porte donne satisfaction à la France. Quinze jours après, un iradé du Sultan accordait à la France toutes les satisfactions nécessaires.

---

(345) V. « Documents diplomatiques français », 2e série, t. I, nos 349, 364, 455 et 497, ainsi que l'exposé de M. Delcassé, ministre des Affaires étrangères, à la Chambre des Députés, le 4 novembre 1901, dans *J. O.*, Débats parlementaires, Chambre, 1901, pp. 2022 à 2024 ; v. aussi Kiss, *loc. cit.*, p. 190.

L'année précédente déjà, le même ministre des Affaires étrangères, M. Delcassé, avait, dans un discours à la Chambre, annoncé sa décision de protéger les intérêts français engagés dans plusieurs sociétés exerçant leur activité au Mozambique (346).

Les mêmes principes furent réaffirmés avant la première guerre mondiale, dans l'affaire de la « Limanova ». La « Limanova » était une société anonyme autrichienne à laquelle des capitaux français étaient intéressés. Cette société s'était plainte de certaines mesures prises par le gouvernement autrichien. Le gouvernement français présenta une réclamation. L'Autriche-Hongrie considéra que la réclamation était inadmissible vu la nationalité autrichienne de la société. Il n'en reste pas moins que le principe de l'intervention française demeure (347).

Après la première guerre mondiale l'attitude du gouvernement français ne se modifia pas. En 1920, en raison du changement de gouvernement au Mexique, les intérêts des porteurs français de titres mexicains avaient été mis en danger. En conséquence, un comité de défense fut formé pour la sauvegarde des droits français et le gouvernement appuya de toute son autorité les démarches entreprises par ce comité (348).

Quelques années plus tard, en 1924, un député, par une question écrite, demanda au ministre des Affaires étrangères des précisions sur l'attitude prise par le gouvernement français dans l'affaire de la Société du chemin de fer de Tirnovo. Dans cette société, des intérêts français étaient engagés ; mais un différend avec l'administration bulgare semblait devoir compromettre ces intérêts. Le ministre répondit que le gouvernement français, à plusieurs reprises, avait appuyé les démarches de la société réclamant la mise en pratique de la procédure arbitrale prévue par la loi bulgare de 1915 pour le règlement des litiges. Ces démarches n'avaient pu éviter l'abrogation de la loi, mais le gouvernement français devait rechercher, en accord avec la compagnie, à aboutir à un règlement amiable avec le gouvernement bulgare (349).

Comme nous l'avons déjà dit plus haut, on ne peut citer d'affaire dans laquelle la France ait refusé d'intervenir en faveur de ses ressortissants actionnaires.

---

(346) Séance du 11 avril 1900. *J. O.* Débats parlementaires, Chambre, 1900, p. 1211.

(347) Rundstein, *Rapport cit.*, p. 16 ; v. aussi Jacobi, « La condition des sociétés anonymes étrangères », *International Law Association*, XXVII, Conférence 1912, p. 379.

(348) V. question écrite de M. Poitou-Duplessy, député, au ministre des Finances et réponse du Ministre, *J. O.*, Débats parlementaires, Chambre, 1920, p. 3061.

(349) Question écrite de M. Angoulvant, député, et réponse du Ministre, *J. O.*, débats parlementaires, Chambre, 1924, p. 4043.

B. *La pratique des Etats-Unis :*

La pratique des Etats-Unis, opposée à la protection diplomatique des actionnaires jusqu'à la fin du XIX^e^ siècle, est devenue, au contraire, résolument favorable à cette protection ensuite.

Il faut d'abord rappeler l'intervention des Etats-Unis en faveur des intérêts américains dans l'affaire du chemin de fer de la baie de Delagoa et dans l'affaire de la Salvador Commercial C° (El Triunfo), affaires qui furent ensuite soumises à arbitrage. Au point de vue pratique diplomatique pure, on peut citer d'abord l'affaire de la « Vacuum Oil Company », qui ressemble beaucoup à l'affaire de la « Limanova » précitée. La « Vacuum Oil C° » était une société anonyme hongroise qui avait son siège social à Budapest. Le gouvernement américain intervint auprès du gouvernement autrichien parce que cette société était une création de la « Standard Oil Company », société américaine de New-Jersey. Le ministère des Affaires étrangères de la Monarchie austro-hongroise rejeta la demande américaine, comme elle l'avait fait pour la demande française en faveur de la « Limanova », en raison de la nationalité hongroise de la société. Mais, là encore, comme dans l'affaire de la « Limanova », le principe de l'intervention demeure (350).

Nous relaterons maintenant l'affaire la plus célèbre de la pratique diplomatique américaine, celle de la « Romano-Americana ».

— *Affaire de la « Romano-Americana Company »* (351) :

La Romano-Americana Company était une société pétrolière incorporée sous les lois roumaines et ayant son domaine d'exploitation uniquement en Roumanie, mais dont les actions appartenaient dans leur quasi-totalité à la « Standard Oil C° » de New-Jersey. Les faits ayant suscité le différend remontaient à la première guerre mondiale : en 1916, les installations pétrolifères de la Romano-Americana furent détruites pour éviter qu'elles ne tombent entre les mains de l'ennemi. La destruction était l'œuvre des autorités roumaines, mais elle avait été réalisée sous le contrôle et suivant les instructions d'un officier britannique : un accord était préalablement intervenu avec le gouvernement roumain lui garantissant une compensation. Les capitaux de la Romano-Americana appartenant à une société américaine, les Etats-Unis, en 1925, décidèrent d'intervenir auprès du gouvernement britannique en faveur des actionnaires lésés. La Grande-Bretagne déclina toute responsabilité et refusa d'admettre que le gouvernement américain pût présenter une réclamation au nom d'une société roumaine.

---

(350) Aff. citée par RUNDSTEIN, *Rapport cit.*, p. 16.

(351) HACKWORTH, *Digest of international law*, vol. V, pp. 840 à 844 ; v. aussi MERVYN JONES, *loc. cit.*, pp. 239-241, ROUSSEAU, « La protection... », *précit.*, pp. 132-133, KISS, *loc. cit.*, p. 195 et pp. 197 *in fine* à 199.

Dans sa réponse, le Département d'Etat déclara que la nationalité roumaine de la société ne pouvait exercer une quelconque influence sur la question de la responsabilité du gouvernement britannique ; il ajouta :

> « ... le déguisement en société roumaine des intérêts américains ne libère pas le gouvernement britannique du devoir d'accorder la réparation qu'il aurait normalement consentie à n'importe quel neutre travaillant en Roumanie » (352).

Dans une note ultérieure, les Etats-Unis rappelèrent les précédents militant en faveur de l'intervention des gouvernements soucieux de la protection de leurs ressortissants actionnaires dans les sociétés étrangères. Le gouvernement britannique, dans sa réponse, ne contesta pas la valeur de ces précédents, mais il affirma que l'affaire en question présentait des caractéristiques tout à fait différentes. Il divisa les précédents en deux catégories :

— ceux dans lesquels l'action du gouvernement contre lequel la réclamation avait été présentée avait mis fin en droit ou en fait à l'existence de la société ou l'avait contrainte, par la confiscation de ses biens, à suspendre son activité. Cette première catégorie n'était pas une exception à la règle générale, elle était en réalité un exemple de son application, l'exemple le plus célèbre étant l'affaire de la baie de Delagoa ;

— ceux dans lesquels, aux termes d'un accord spécial entre les deux gouvernements, une compensation avait été accordée aux actionnaires. Or, de cette deuxième catégorie, on ne pouvait bien évidemment tirer aucun principe de droit international (353).

Enfin, on doit observer, faisait toujours remarquer la Grande-Bretagne, que les précédents célèbres présentaient une particularité dont ne pouvait se prévaloir l'affaire en cause et qui était constituée par le fait que la société lésée possédait la nationalité même du gouvernement contre lequel la plainte était portée. Finalement, les Etats-Unis abandonnèrent leur réclamation contre le gouvernement britannique et se retournèrent contre la Roumanie, qui dédommagea la société « Romano-Americana » en lui versant une indemnité de plus de deux millions de livres. « Suivant que vous serez puissant ou misérable... »

Pour en terminer avec la pratique américaine, nous citerons une affaire qui fera transition avec la pratique britannique, car les gouvernements des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne intervinrent conjointement. Il s'agit de l'affaire de la Tlahualilo Company (354).

---

(352) Hackworth, *op. cit.*, vol. V, p. 841.

(353) *Ibid.*, p. 841.

(354) V. Mervyn Jones, *loc. cit.*, pp. 237-238 ; v. aussi Rousseau, « La protection... », p. 132, et Kiss, *loc. cit.*, p. 197.

Le Tlahualilo Company était une société constituée pour développer la culture du coton au Mexique et qui, en 1888, avait obtenu du gouvernement mexicain un contrat de concession qui lui accordait en particulier le droit de prendre de l'eau dans le Rio Nazas (Etat de Duzango) pour irriguer ses terres. Or, en 1908, par une décision unilatérale du gouvernement mexicain, la fourniture d'eau à la société avait été considérablement réduite. La société protesta et fit appel aux gouvernements dont ses actionnaires étaient ressortissants, c'est-à-dire Grande-Bretagne et Etats-Unis. Auparavant, une plainte de la société avait été rejetée par la Cour suprême du Mexique, motif pris du fait que la concession était un « acte de souveraineté » et que les avantages qu'elle comportait étaient « un acte de grâce » de la part du gouvernement mexicain. Les Etats-Unis intervinrent, mais c'est l'attitude de la Grande-Bretagne qui, dans cette affaire, est la plus significative. Nous en poursuivrons donc l'analyse dans l'étude de la pratique britannique. En conclusion de la pratique américaine, nous pouvons retenir que, dès le commencement du xx^e siècle, les Etats-Unis sont constamment et résolument favorables à la protection de leurs actionnaires.

C. *La pratique anglaise :*

Le gouvernement britannique, dans l'affaire de la Tlahualilo C°, prit catégoriquement position en faveur de la protection de ses ressortissants actionnaires. Dans une note adressée au gouvernement mexicain, il ne contesta pas le droit qu'avait ce gouvernement de mener la politique économique qu'il jugeait la meilleure ; il exigea seulement pleine et entière compensation pour les dommages subis par les ressortissants britanniques.

Le gouvernement mexicain répondit qu'il était nécessaire d'attendre le résultat de la procédure engagée devant les tribunaux internes mexicains. Il objecta également qu'il n'était pas question de recourir à l'arbitrage : la Tlahualilo C° était une société mexicaine, dont les actionnaires ne possédaient ni la nationalité anglaise, ni la nationalité américaine, au moment où la concession avait été accordée. Une note britannique du 2 août 1911 rejette la thèse du Mexique dans les termes suivants :

> « Le gouvernement de Sa Majesté ne peut pas accepter comme bien-fondée la deuxième affirmation..., à savoir que, la société Tlahualilo étant une société mexicaine, une intervention dans ses affaires de la part d'un gouvernement étranger ne saurait être admise. Le gouvernement de Sa Majesté est prêt à attendre le résultat de l'instance pendante devant la Cour d'appel mais, si l'arrêt n'assurait pas à la société le remède auquel elle peut prétendre, il se sentira obligé de présenter une réclamation diplomatique en faveur des intérêts britanniques impliqués dans cette société. »

L'ambassadeur américain à Mexico soutint ces vues : une telle prise de position était en accord avec des précédents bien connus et célèbres de la jurisprudence internationale. En dépit de tout, le gouvernement mexicain refusa de soumettre l'affaire à arbitrage. Cependant, le différend fut réglé à l'amiable, un nouveau contrat ayant été conclu le 29 avril 1913, après de longues discussions, contrat aux termes duquel le gouvernement du Mexique confirmait à la société son droit à l'usage de l'eau (355).

On sait déjà comment la Grande-Bretagne avait pris fait et cause en faveur de ses ressortissants actionnaires dans la société du chemin de fer de la baie de Delagoa. Pour certains auteurs, la position prise par le Royaume-Uni dans l'affaire de la Romano-Americana tendrait à prouver que la pratique anglaise n'est pas aussi constamment favorable à la protection diplomatique des actionnaires que les pratiques française et américaine. On se rappelle, en effet, que la Grande-Bretagne contesta aux Etats-Unis le droit d'intervenir en faveur des actionnaires américains qui avaient, par l'intermédiaire de la Standard Oil de New-Jersey, des intérêts dans la Romano-Americana. Pourtant, la position de la Grande-Bretagne ne manque pas de justifications. La note du 5 juillet 1928 reconnaît que, dans certains cas, la destruction de la propriété peut motiver une réclamation contre le gouvernement responsable ; cependant, dit-elle, dans le cas d'une société, la distinction entre les biens de celle-ci et les intérêts des actionnaires est bien établie ; aucun actionnaire n'a de droit sur l'un quelconque des biens de la société ; l'actionnaire a seulement droit à une part des bénéfices tant que la société fonctionne, et à une part de l'actif si la société est mise en liquidation. D'autre part, la Grande-Bretagne indiquait que, dans tous les précédents célèbres, l'acte dommageable émanait de l'Etat même dont la société avait la nationalité ; que là seulement, la protection diplomatique pouvait se justifier en faveur des actionnaires, c'est-à-dire lorsque, par sa faute, un Etat étranger rend illusoire les moyens d'obtenir réparation qui, dans une situation normale, seraient offerts à la société en tant que telle. Enfin, la même note justifie la position de la Grande-Bretagne dans l'affaire de la Tlahualilo. Les intérêts défendus n'étaient pas seulement ceux d'actionnaires, mais aussi ceux d'individus qui avaient des créances hypothécaires sur les biens de la société, créances qui constituent des droits « in rem » sur l'actif de la société. En outre, dans l'affaire en question, l'attitude du gouvernement du Mexique avait eu pour résultat l'arrêt complet de l'activité de la Tlahualilo C°, ce qui établissait une analogie totale avec l'affaire du chemin de fer de la Baie de Delagoa (356).

---

(355) V. U. S. Foreign Relations, 1913, p. 1003.

(356) V. le développement complet des arguments dans HACKWORTH, *op. cit.*, V, pp. 842 et s.

Ces arguments sont valables en partie. Ils ne le sont pas totalement. Mais, ce qu'il faut dire, c'est qu'il s'agit là de justifications et de querelles byzantines, en particulier lorsque la Grande-Bretagne invoque le droit de protection des créanciers, droit qui n'est nullement reconnu par le droit international. De toute manière, de nos jours encore, les conditions du droit de protection des actionnaires *ut singuli* ne sont pas fermement établis et délimités. La seule chose certaine en matière de pratique diplomatique, c'est le règne de la loi du plus fort. Un gouvernement invoque le droit de protection à son profit quand ses propres ressortissants sont lésés — attitude de la Grande-Bretagne dans l'affaire de la Tlahualilo, — mais il le conteste lorsqu'il risque d'être condamné — attitude de la même Grande-Bretagne dans l'affaire de la Romano-Americana. — A condition qu'il puisse se permettre de contester. La Grande-Bretagne pouvait se le permettre ; non pas la Roumanie. C'est la Roumanie qui paya. Un Etat d'Amérique latine aurait dû s'exécuter de la même manière.

Quoi qu'il en soit, dix ans environ après l'aventure de la Romano-Americana, le gouvernement anglais affirmait à nouveau le principe du droit de protection des actionnaires dans l'affaire de la « Mexican Eagle » (357).

En application de la loi de nationalisation des compagnies pétrolières, les biens de la Mexican Eagle furent expropriés par un décret du gouvernement mexicain en date du 18 février 1938. La société était enregistrée au Mexique, mais son capital était réparti entre des actionnaires étrangers :

— anglais et hollandais, dans la proportion de 70 % ;
— français, dans la proportion de 25 % ;
— danois et suisses, dans la proportion de 5 %.

Soixante-dix pour cent des actions appartenant à des porteurs britanniques, le gouvernement de Londres voulut intervenir. Mais le Mexique, prévoyant la réaction, avait déclaré d'emblée, le 12 avril 1938, qu'il n'admettrait pas « qu'un Etat quelconque, sous prétexte de protéger les intérêts des actionnaires d'une société mexicaine, puisse dénier l'existence légale de sociétés constituées au Mexique et organisées conformément aux lois mexicaines » (358).

En réponse à cette prise de position, la Grande-Bretagne, le 20 avril, répliqua :

« Si l'on admettait la doctrine suivant laquelle un gouvernement peut subordonner le fonctionnement des intérêts étrangers

(357) V. Kunz (J. L.). *Mexican expropriations*, New-York, 1940 ; Gordon (C. W.), *The expropriation of foreign owned property in Mexico*, Washington, 1941 ; v. aussi Mervyn Jones, *loc. cit.*, pp. 241-242.

(358) Note adressée le 12 avril 1938 par M. Eduardo Hay, ministre des Affaires étrangères du Mexique, à M. O'Malley, ministre plénipotentiaire de Grande-Bretagne à Mexico.

sur son territoire à leur incorporation au droit local et tirait ensuite argument de cette incorporation pour repousser une intervention diplomatique étrangère, il est clair que les raisons ne manqueraient jamais pour empêcher les gouvernements étrangers d'exercer le droit incontesté qui leur appartient d'après le droit international de protéger les intérêts commerciaux de leurs nationaux à l'étranger. »

Le Mexique, décidé à résister, maintint sa position dans une note du 26 avril 1938. D'après les termes de cette note, l'actionnaire n'est pas un copropriétaire de l'entreprise, mais « simplement le titulaire du droit de représenter une part équitable de l'actif social au moment de la dissolution ou de la liquidation de la société ». Ce n'est qu'au moment de la dissolution que l'on peut évaluer le préjudice causé aux actionnaires en tant que personnes distinctes de la société. Enfin, précisait la note, chaque titre émis par la Mexican Eagle portait une mention indiquant que le porteur renonçait à solliciter l'assistance diplomatique de son pays et que, de plus, les actions étant au porteur, pouvaient d'un moment à l'autre changer de main.

Quelques jours après, le Mexique, décidé à résister coûte que coûte, rompit ses relations diplomatiques avec la Grande-Bretagne en se fondant sur « l'attitude inamicale » du gouvernement britannique. Cela se passait le 14 mai 1938. Les relations diplomatiques entre les deux pays ne devaient être rétablies que le 22 octobre 1941. Toutefois, après la guerre, le 7 février 1947, un accord fut signé qui prévoyait l'indemnisation des biens, droits et intérêts britanniques au Mexique. Les biens de la Mexican Eagle étaient naturellement compris dans ce règlement (359). Précisons que le gouvernement des Pays-Bas, également intéressé, puisque la société en question était liée au groupe « Royal Dutch », avait adopté une attitude analogue à celle de la Grande-Bretagne. Il obtint, en même temps qu'elle, la signature d'un accord. Les accords prévoyaient le versement d'une somme de 130 millions de dollars, payables en quinze annuités.

D. *Divers.*

Nous classons dans cette rubrique une affaire qui, jusqu'à maintenant, a provoqué la seule intervention du gouvernement suisse :

---

(359) Sur ces problèmes de nationalisations en U.R.S.S. et dans les pays satellites, ainsi qu'au Mexique, voir Friedman (S.), *L'expropriation en droit international public*, thèse, Paris, 1950, pp. 228 à 259 ; v. aussi, sur les problèmes généraux posés par les nationalisations qui ont suivi la seconde guerre mondiale : Isi Foighel, *Nationalization, a study in the protection of alien property in international law*, 1957 ; Vienot (G.), *Nationalisations étrangères et intérêts français*, Paris, 1953.

l'affaire de la « Compania argentina de Electricidad » et de la « Compania italo-argentina de Electricidad » (dites C.A.D.E. et C.I.A.D.E.) (360).

Ces sociétés étaient des sociétés argentines concessionnaires de la distribution d'électricité à la ville de Buenos-Aires. Le 23 juillet 1957, le gouvernement argentin mit fin unilatéralement à leur activité par un décret.

Les concessions avaient été accordées en 1907 pour 50 ans. Elles devaient donc expirer en 1957 et faire retour sans conditions ni indemnité à l'administration municipale de Buenos-Aires. Mais elles avaient fait l'objet d'une prorogation en décembre 1956, et devaient ainsi expirer respectivement en 1962 et 1998. C'est cette prorogation que l'Argentine a déclarée nulle : les compagnies ont été immédiatement placées sous séquestre et leurs installations remises à la ville de Buenos-Aires le 31 décembre 1957. Or, les sociétés, bien qu'ayant la nationalité argentine, étaient composées de capitaux étrangers :

— Capitaux suisses et belges pour la C.A.D.E., filiale de la Sodec Bracket, contrôlée elle-même par la société-holding belge Sofina ;

— Capitaux suisses pour la C.I.A.D.E.

Sur les 2 143 776 actions de la C.A.D.E., les porteurs suisses détenaient 1 854 851 actions ; sur les 2 600 100 actions de la Sodec, ils en détenaient 1 152 756.

En raison de cet intérêt non seulement substantiel, mais prépondérant, le gouvernement suisse intervint en faveur des sociétés : le Conseil fédéral protesta auprès du gouvernement argentin contre le décret. Cette protestation fut rejetée par le gouvernement argentin le 8 août 1957, avec les arguments suivants : l'annulation des concessions est un « acte de souveraineté » du gouvernement argentin ; celui-ci est seul juge des conditions dans lesquelles ce droit peut être exercé ; d'autre part, c'est une règle du droit international que les gouvernements étrangers ne peuvent présenter de réclamations officielles en faveur de leurs ressortissants tant que les recours judiciaires ou administratifs ne sont pas épuisés ; enfin, les sociétés en question ont la nationalité argentine, ayant toutes deux leur siège social à Buenos-Aires.

Les recours de la C.A.D.E. furent rejetés par les tribunaux argentins le 11 octobre 1957. En conséquence, le 31 octobre 1958, un accord fut conclu entre les gouvernements suisse et argentin, aux termes duquel une nouvelle compagnie privée devait être formée entre le gouvernement argentin et les actionnaires privés, l'Etat argentin ayant une option pour racheter en 10 ans les parts du capital privé et nationaliser ainsi sans heurt les services publics.

---

(360) Rousseau, « La protection diplomatique... », *précit.*, pp. 135-136.

Chapitre II

Leçons et enseignements à dégager

Au terme de cette longue analyse de la jurisprudence internationale et de la pratique diplomatique, il ne semble pas possible de douter du principe de la recevabilité d'une réclamation diplomatique de la part de l'Etat national des actionnaires quand ces derniers ont été indirectement lésés par un dommage infligé à une société étrangère. Mais il convient maintenant de poser trois questions : quels sont le fondement doctrinal et la justification de ce droit ? Quelles sont sa nature et sa portée ? Dans quelles limites peut-il s'exercer ?

Section I

Fondement doctrinal et justification du droit des actionnaires à la protection diplomatique

Nous avons pu retrouver dans l'évolution constatée l'influence des doctrines qui ont marqué l'histoire de la théorie de la personnalité morale. A l'origine, la société était tenue pour une entité abstraite et les actionnaires, par rapport à elle, étaient considérés comme des tiers. Peu à peu, ce système artificiel et injuste a été abandonné. L'évolution a été parallèle à celle constatée en matière de sociétés avec l'affaire « *I'm alone* », elle l'a seulement quelque peu précédée, sans doute parce que les nécessités de justice étaient plus pressantes. Il est bien évident que refuser aux actionnaires le droit à la protection diplomatique alors que la société comme telle se révèle incapable d'obtenir réparation est une conception qui aboutit à une injustice flagrante et qui, encore une fois, n'a pu voir le jour que par suite des effets néfastes dus à la conception qu'on se faisait de la personnalité morale. L'évolution est maintenant accomplie et l'ancienne conception ne compte plus aucun défenseur. Si certains Etats semblent parfois s'y rallier, c'est par mauvaise foi et pour échapper à une condamnation. Lorsqu'une société constituée à l'aide de capitaux étrangers a été contrainte de se soumettre à la loi du pays où est établi son centre d'exploitation, il est pour le moins normal qu'en contrepartie elle trouve dans la loi locale et auprès des tribunaux qui sont chargés de la faire respecter une protection qui ne soit pas illusoire. Comme le fait remarquer Char-

les de Visscher dans sa remarquable analyse (361) : « Cette protection légale dans l'exercice de l'activité sociale et dans les cadres du droit interne est... la raison d'être du régime de la personnalité ; seule elle justifie l'absorption au moins partielle des intérêts individuels par l'intérêt collectif, l'effacement au moins temporaire des personnes physiques devant la personnalité morale. » Mais en aucun cas on ne peut admettre, comme on le faisait autrefois, que les actionnaires, par le fait qu'ils s'associent au sein d'une société, soient dépouillés de leur personnalité propre. On peut seulement admettre qu'ils « prêtent » (362) à la personne morale une part de leur personnalité pour réunir des capitaux, réaliser des bénéfices et s'assurer d'une protection plus efficace. Les actionnaires resteront donc absorbés par la personne morale et subiront son sort tant que celle-ci pourra défendre valablement ses droits. Mais, dès que ce ne sera plus le cas, c'est-à-dire dès que la société sera victime de mesures illégales ou injustes de la part de l'Etat même dont elle a été contrainte d'adopter la nationalité, et dès qu'elle aura épuisé tous les recours internes que lui offre la législation locale sans obtenir de résultat, la personnalité des actionnaires apparaîtra de nouveau derrière le manteau d'une personnalité morale devenue une forme vide de sens. Il ne restera plus, suivant la formule de Paul de Visscher, qu' « un faisceau de droits individuels » (363). Le même auteur ajoute : « Dans la matière de la protection diplomatique, ces considérations de justice et de raison sont d'autant plus pertinentes que le droit international laisse aux Etats pleine liberté pour fixer les critères de la nationalité des personnes morales dans lesquelles des intérêts étrangers se trouvent engagés. » C'est très exactement cette idée que développait le gouvernement britannique à l'occasion de l'affaire de la Mexican Eagle dans la note que nous avons déjà citée et que nous rappelons, note qui résume la situation dans des formules d'une justesse et d'une netteté frappantes :

> « Si l'on admettait la doctrine suivant laquelle un gouvernement peut subordonner le fonctionnement des intérêts étrangers sur son territoire à leur incorporation au droit local et tirait ensuite argument de cette incorporation pour repousser une intervention diplomatique étrangère, il est clair que les raisons ne manqueraient jamais pour empêcher les gouvernements étrangers d'exercer le droit incontesté qui leur appartient d'après le droit international de protéger les intérêts commerciaux de leurs nationaux à l'étranger. »

---

(361) « De la protection diplomatique des actionnaires... », *précit*, pp. 641-642.

(362) Cf. P. de Visscher, « La protection... », *précit.*, p. 465.

(363) *Ibid.*, p. 465.

Le principe de la protection diplomatique des actionnaires est donc aisément justifiable par les idées d'équité et de justice. Il devient juridiquement acceptable dès que l'on a pris conscience des limites de la notion de personnalité morale. Mais, nous avons pu nous en rendre compte par l'analyse des précédents, le droit des actionnaires à la protection de leur Etat national est soumis dans la pratique à de nombreuses vicissitudes. Une question se pose alors, celle de la nature de ce droit.

Section II

Nature du droit des actionnaires à la protection diplomatique de leur Etat national

On relève dans quelques décisions ou notes certaines affirmations absolues d'après lesquelles ce droit serait la mise en œuvre d'un principe général universellement reconnu. On peut citer, par exemple, une note du gouvernement italien du 8 octobre 1902 relative à l'affaire Canevaro qui énonce à l'encontre du Pérou l'allégation d'après laquelle un « principe » qui prévaudrait désormais dans la jurisprudence internationale autoriserait l'Italie à intervenir au nom des associés de la société. On peut citer également un passage de la Décision administrative n° VII, rendue le 25 mai 1925 par la Commission des réclamations germano-américaine, dont nous parlerons plus en détail lorsque nous aborderons la pratique conventionnelle, et d'après lequel l'intervention des Etats-Unis en faveur de leurs ressortissants lésés en tant qu'actionnaires d'une société étrangère par les mesures prises par l'Allemagne serait la mise en œuvre « d'un principe que les Etats-Unis auraient invoqué » même en l'absence de toute clause conventionnelle formelle (364).

Il semble que ce soient là des affirmations trop absolues que ne confirment pas les variations de la jurisprudence internationale et surtout celles de la pratique diplomatique. Certains auteurs pourtant, tel M. Kiss (365), pensent que le droit en question pourrait bien être un « principe » de droit international. Avant de prendre parti, interrogeons les faits.

La première remarque que l'on peut faire, et qu'il nous a d'ailleurs déjà été donné de faire chemin faisant, est que les États ont une attitude essentiellement changeante suivant qu'ils sont réclamants ou responsables. L'exemple le plus significatif à cet égard est celui de la Grande-Bretagne, qui invoque le principe à son profit

(364) O.N.U. *Rec. cité*, vol. VII, p. 239, et Witenberg, *Jurisprudence de la Commission germano-américaine*, vol. II, p. 127.

(365) *Loc. cit.*, pp. 209-210.

dans l'affaire de la baie de Delagoa, dans l'affaire Ziat et Ben Kiran, dans l'affaire de la Mexican Eagle, mais qui le conteste dans l'affaire de la Romano-Americana.

La seconde remarque qui doit être faite est que, dans plusieurs des précédents de la jurisprudence internationale, la sentence arbitrale favorable aux actionnaires a été rendue sur la base d'un compromis habilitant le tribunal ou l'arbitre à statuer « ex æquo et bono ». C'est le cas en particulier du compromis du 1er décembre 1909 entre les Etats-Unis et le Chili dans l'affaire Alsop, dont on se rappelle qu'il autorisait l'arbitre à statuer en équité et comme amiable compositeur, « sans attacher une trop grande importance aux considérations techniques qui pourraient être présentées de part et d'autre ». Certaines sentences, également, sont peu motivées, telle celle rendue dans l'affaire El Triunfo ; d'autres ne le sont pas du tout, telle celle du Président Cleveland dans l'affaire Cerruti.

C'est ce qui explique que certains auteurs, comme Mervyn Jones (366) ou M. Rousseau (367), nient que la pratique favorable à la protection diplomatique des actionnaires puisse passer pour un principe général de droit. Pour eux, il ne s'agit que d'une concession faite à l'équité. L'existence d'une telle pratique, écrit Mervyn Jones, « démontre l'existence d'une règle d'équité complétant le principe normal du respect de la personnalité juridique des sociétés et y apportant des exceptions dans tous les cas où son application stricte aboutirait à une injustice ». Le Professeur Rousseau, de son côté, écrit : « Un tempérament ou une exception imposée par des considérations d'équité ne peuvent passer pour un principe général de droit. »

Nous nous rallions à cette conclusion en remarquant qu'elle est corroborée par les termes mêmes de plusieurs sentences. La sentence rendue dans l'affaire Shufeldt ne parle-t-elle pas d'un « equitable right of which international law takes cognizance », le rapport de Max Huber dans l'affaire « Ziat et Ben Kiran » n'affirme-t-il pas que « le droit international..., dans ce domaine, s'inspire essentiellement des principes de l'équité » ?

M. Kiss pense, au contraire, que les deux sentences font ainsi allusion aux « origines extra-juridiques de la règle » (368) qui reconnaît le droit de protection diplomatique des actionnaires, sans que ce droit puisse pour autant être qualifié d'une concession à l'équité. Cette opinion est, semble-t-il, excessive. S'insérant dans un ouvrage consacré à la personnalité morale et *à ses limites* visant à démontrer que, dans le monde moderne, la personne morale s'efface de plus en plus devant les réalités qu'elle recouvre, les développements

(366) *Loc. cit.*, p. 254.
(367) « La protection... », *précit.*, p. 149.
(368) *Loc. cit.*, p. 210.

de M. Kiss sont parfois un peu forcés pour les besoins de la démonstration. Il *serait* souhaitable, en effet, que le voile de la personne morale soit le plus souvent possible écarté. Il *serait* souhaitable que le droit de protection diplomatique des actionnaires soit effectivement reconnu comme un principe de droit international. Ce n'est malheureusement pas encore tout à fait le cas. Les faits sont là, et la pratique conventionnelle ne peut être citée comme argument en faveur de la thèse opposée. Cette pratique conventionnelle, que nous étudierons bientôt, présente le plus grand intérêt. C'est dans le sens qu'elle indique que l'ensemble des manifestations du droit positif devrait s'orienter. Il n'en reste pas moins que, pour le moment, loin de constituer l'application d'un principe général, cette pratique doit au contraire être entendue comme une exception à la règle générale, puisque c'est précisément pour échapper à cette règle générale que les Etats s'y soumettent (369).

Il faut donc conclure que la pratique qui reconnaît aux actionnaires le droit à la protection diplomatique de leur Etat national ne constitue pas, à l'heure actuelle, un principe général ; elle est seulement l'expression d'une règle d'équité. D'autre part, comme le fait remarquer M. Rousseau à la fin de son analyse (370), cette pratique « ne fait pas partie du droit international général. Elle constitue une disposition de droit international particulier, qui ne vaut que dans la mesure où l'Etat intéressé l'a acceptée et qui ne saurait, en conséquence, lui être opposable en dehors de son consentement, celui-ci pouvant être donné soit par voie d'acceptation expresse dans le compromis d'arbitrage ou la convention de réclamation, soit par extension de compétence du tribunal arbitral préalablement habilité à statuer en équité ».

Il nous reste maintenant à préciser les modalités d'exercice d'une telle protection et les limites de sa recevabilité.

Section III

Modalités d'exercice et limites de la recevabilité du droit de protection diplomatique des actionnaires

Deux remarques essentielles doivent être faites à cet égard : la protection diplomatique des actionnaires présente un caractère subsidiaire par rapport à la protection diplomatique des sociétés. Elle est soumise, d'autre part, aux conditions générales qui gouvernent la mise en jeu de la responsabilité internationale.

---

(369) Cf. les observations de M. Rousseau, *op. cit.*, p. 150 ; celles de P. de Visscher, « La protection... », *précit.*, p. 448 *in fine*.

(370) *Op. cit.*, p. 150.

§ 1 : *Caractère subsidiaire de la protection diplomatique des actionnaires par rapport à la protection diplomatique de la société*

Il ressort de l'examen de la jurisprudence internationale que les actionnaires ne peuvent bénéficier de la protection diplomatique de leur Etat national que si la protection au profit de la société comme telle est juridiquement impossible. Il ne peut être dérogé à cette règle que si l'actionnaire est atteint dans ses droits propres à la suite d'une mesure discriminatoire qui le vise lui-même, hypothèse où, comme nous l'avons vu, le problème se pose tout à fait différemment. Le droit de protection de l'Etat réclamant au profit de ses ressortissants actionnaires ne peut donc être admis que si aucun Etat, juridiquement, ne peut intervenir au nom de la société lésée.

Le cas se présente lorsque les dommages dont a été victime une société sont dus à l'Etat même dont la société possède la « nationalité ». C'est en effet le seul cas, remarquons-le, où les commissions arbitrales admettent la protection des actionnaires. Il n'existe aucun exemple où la protection ait été admise en faveur d'actionnaires indirectement lésés par un dommage causé à une société nationale d'un Etat tiers. Dans ce cas, c'est l'Etat dont la société a la « nationalité » qui, suivant les règles traditionnelles, doit protéger comme telle la société. Toutefois, comme le fait remarquer très justement Paul de Visscher (371), il doit, semble-t-il, être dérogé à ce principe dans un cas particulier, celui où l'Etat dont la société est « nationale », c'est-à-dire sous l'allégeance juridique duquel elle est placée, estime n'avoir aucun intérêt à intervenir parce que ce lien de « nationalité » ne repose pas sur un lien d'allégeance effectif, ou ne peut plus intervenir parce qu'un tribunal, motif pris de cette absence d'effectivité, lui a dénié le droit de protection. Cette hypothèse ne s'est pas présentée dans le passé, mais elle peut fort bien, surtout depuis l'arrêt Nottebohm, se présenter dans l'avenir. Plus concrètement, la situation se présenterait ainsi : la société a la « nationalité » de l'Etat A, mais son capital est aux mains de ressortissants de l'Etat B, et elle a subi un dommage de la part d'un Etat C. Si l'Etat A ne veut pas intervenir, ou si un tribunal lui a dénié le droit à intervention en raison du manque d'effectivité, il reste deux solutions possibles.

La première est celle que nous préconisions à la fin de la première partie : la société étant placée sous l'*allégeance politique* de l'Etat B, c'est l'Etat B qui devrait être internationalement qualifié pour protéger la société *en tant que telle*. Mais cette solution n'est pas encore rendue possible par l'état actuel de la jurisprudence

(371) « La protection... », *précit.*, p. 473.

internationale, tout au moins jusqu'à nouvel ordre (372). Il reste donc la seconde solution : l'Etat B intervenant cette fois, non plus au nom de la société, mais au nom des actionnaires. C'est le seul cas où il serait possible de justifier la protection distincte des actionnaires, alors même que la société n'a pas la nationalité de l'Etat responsable du dommage. Mais, soulignons-le, il est essentiel que l'une de ces solutions soit acceptée. Car, si ce n'était pas le cas, une société pourrait se voir privée de protection pour la simple raison que son allégeance juridique et son allégeance politique ne coïncident pas, un Etat ne pouvant intervenir *en droit* tandis qu'un autre ne le peut pas *en fait*. Précisons que l'hypothèse envisagée n'est autre que celle de la Barcelona Traction. Jusqu'ici, c'est la première solution qui a été adoptée : la Belgique est intervenue d'après le seul critère du contrôle, alors que le Canada, pays de l'allégeance juridique de la société, a estimé n'avoir aucun intérêt à le faire. On ne peut concevoir que l'intervention de la Belgique soit refusée une première fois au nom de la société comme telle, parce que celle-ci n'a pas la « nationalité » belge, et une deuxième fois au nom des actionnaires, parce que la société n'a pas la « nationalité » de l'Etat responsable du dommage.

§ 2 : *Soumission du droit de protection diplomatique des actionnaires aux conditions qui gouvernent la mise en jeu de la responsabilité internationale*

Ce droit est soumis tout naturellement à la condition du lien de nationalité, de la continuité de la nationalité, de l'épuisement préalable des recours internes, du principe des « mains propres » et, enfin, du principe d'après lequel un Etat n'exerce pas sa protection au profit d'un de ses nationaux contre un Etat qui considère celui-ci comme son propre national. En ce qui concerne ce dernier principe, nous renvoyons à l'affaire « *I'm alone* » précitée. Nous voudrions insister plus particulièrement sur les trois premières règles.

En ce qui concerne la règle du lien de nationalité, le résultat est, naturellement, que l'Etat demandeur ne peut intervenir qu'en faveur des actionnaires, et non en faveur de la société. Ajoutons seulement une précision supplémentaire : cette règle a pour corollaire que la réclamation ne doit, en principe, porter que sur le pourcentage des dommages correspondant aux nationaux de l'Etat réclamant et non sur la totalité des dommages subis par la société. Tel fut le cas dans les affaires Ruden, Cerruti, Shufeldt. Le principe a été rappelé par une sentence rendue par la Commission mixte ger-

---

(372) A moins que la Cour internationale de Justice, en rendant un arrêt favorable à la Belgique dans l'affaire de la Barcelona Traction, ne consacre en droit cette première solution.

mano-américaine le 21 avril 1926 dans l'affaire « Standard Oil, Sun Oil et Pierce Oil Companies c. Allemagne » (373).

D'autre part, lorsqu'une société est victime d'un dommage de la part de l'Etat dont elle possède la nationalité, la protection diplomatique de l'Etat des actionnaires ne pourra être admise que si la société a préalablement épuisé les recours internes ou si elle est incapable, en droit ou en fait, de réaliser cette condition.

Cette dernière hypothèse se présentera si le dommage, ainsi que cela se produisit dans les affaires Delagoa, Cerruti, Shufeldt, par exemple, a eu pour résultat d'annihiler la capacité juridique de la société. Dans ce cas, la personne morale a disparu. Comme il fut dit dans l'affaire du chemin de fer de la baie de Delagoa, elle est « practically defunct ». La société elle-même ne peut donc pas utiliser les voies de recours internes, et les actionnaires sont dès lors abandonnés à leur sort. Si leurs recours individuels sont impuissants à leur faire obtenir gain de cause, ils doivent pouvoir bénéficier, tout naturellement, de la protection de l'Etat dont ils sont ressortissants. Mais c'est alors qu'on pourra soulever une objection : la situation telle qu'elle se développe, dira-t-on, contredit la règle de la continuité de la nationalité ; le dommage a été infligé à la société qui a la nationalité de l'Etat défendeur ; si les actionnaires prennent à leur compte la réclamation, celle-ci acquerra la nationalité de l'Etat réclamant. En réalité, comme le fait remarquer Paul de Visscher, la contradiction n'est qu'apparente. Si le dommage, en effet, met fin à l'existence de la société, dommage et dissolution ont eu lieu simultanément, donc la réclamation n'a jamais eu la nationalité de la société.

On peut remarquer que, dans presque tous les cas où la réclamation de l'Etat en faveur des actionnaires a été admise par le tribunal international, celui-ci avait noté que la société avait été mise, en droit ou en fait, hors d'état de poursuivre toute action sociale utile.

Quand la société peut poursuivre cette action, il faut que les recours internes soient épuisés. On a vu l'application de cette règle dans l'affaire de la C.A.D.E. et de la C.I.A.D.E. Le principe fut encore rappelé, à propos de cette même affaire, par le Comité de défense Amérique du Sud de l'Association suisse des Banquiers dans une réunion tenue le 28 août 1957. On sait que les recours de la C.A.D.E. et de la C.I.A.D.E. ont été rejetés par les tribunaux argentins le 11 octobre 1957.

---

(373) O.N.U., *Rec. cit.*, vol. VII, pp. 301-308, et Witenberg, *Jurisprudence de la Commission, précit.*, pp. 165-173.

§ 3 : *Le droit des actionnaires à la protection diplomatique est encore limité par des conditions spéciales*

Tout d'abord, il faut que le dommage infligé à la société compromette toute action sociale valable. Toutefois, il peut être assez difficile d'apprécier cette condition car, pour savoir si l'action sociale a perdu toute valeur, il sera parfois nécessaire d'attendre le résultat d'un recours introduit par la société comme telle. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire de la Tlahualilo Company. On se rappelle que la Grande-Bretagne avait accepté de suspendre sa réclamation jusqu'à l'issue du recours formé par la société devant les tribunaux mexicains, et cette attente peut être, dans certains cas, longue et aléatoire. Mais la question essentielle qu'il nous faut poser est celle de savoir s'il est indispensable, pour que soit admise la protection des actionnaires, que la société ait totalement cessé d'exister ou ait été obligée d'arrêter toute activité. Cette thèse avait été celle de la Grande-Bretagne dans l'affaire de la Romano-Americana, on s'en souvient. La Grande-Bretagne avait déclaré que la protection diplomatique des actionnaires n'était pas recevable « avant que la société ait cessé d'exister effectivement ou ait été mise en liquidation. » Cette condition, semble-t-il, ne doit pas être entendue de manière aussi stricte. En effet, et M. Kiss le fait très justement remarquer (374), parmi les arguments présentés par la Grande-Bretagne à l'appui de cette thèse, le principal, tiré de la nature des droits des actionnaires, est contredit par celui qui, plus loin, reconnaît le droit d'intervention dans les cas où la société existe encore, mais a dû suspendre ses activités, sans que pour autant elle soit entrée en liquidation. D'autre part, et là encore nous souscrivons aux conclusions de M. Kiss, une telle limitation n'est pas prouvée par l'analyse des précédents : dans l'affaire Alsop seulement la société avait totalement cessé d'exister. Dans tous les autres cas, elle avait survécu, plus ou moins et quelquefois moins que plus, mais elle n'était pas complètement défunte. Même dans l'affaire Delagoa, elle ne l'était que « practically ». Ce qu'il faut souligner en revanche, c'est que les dommages présentaient toujours, dans les cas où la réclamation a été admise, *un degré certain de gravité*. M. Kiss conclut : « Il semble possible... d'affirmer que les dommages doivent être suffisamment sérieux pour motiver une intervention de la part de l'Etat national des actionnaires, sans que l'on puisse déterminer à l'avance le degré de gravité qu'ils doivent revêtir » (375).

N'est-il vraiment pas possible de déterminer ce degré de gravité ? Ici, nous voudrions citer les conclusions de Paul de Visscher, qui semble proposer une solution (376) : « En définitive, écrit-il, pour apprécier la recevabilité de la protection des actionnaires, il faut

(374) *Loc. cit.*, p. 208.
(375) *Ibid.*, p. 209.
(376) « La protection... », *précit.*, p. 477.

s'attacher essentiellement à l'idée de l'effectivité de la personne morale. Il importe peu que, selon les critères du droit interne, la personne morale subsiste ou non. Même lorsqu'elle subsiste, le juge international peut admettre la protection diplomatique des actionnaires, dès l'instant où il constate en fait que le dommage causé à la personne morale a eu pour effet de paralyser ou de stériliser l'effet utile que la technique de la personnalité morale devait normalement produire au profit des actionnaires.

« Dans ce cas, dira-t-on, le juge international, qui n'est pas lié par les critères du droit interne, « perce le voile corporatif ». Il serait plus exact de dire qu'il constate l'absence de toute personnalité effective, l'absence de tout intermédiaire valable entre les actionnaires et les droits lésés. »

Nous nous rallions à cette conclusion en remarquant qu'une fois de plus, l'idée d'effectivité constitue la clé du problème.

Le droit de protection diplomatique des actionnaires est encore limité par une autre condition : pour que l'Etat intervienne, la participation nationale doit avoir une réelle importance. Aucune proportion précise ne peut être articulée : cependant, là encore, l'élément déterminant est constitué par la notion d'intérêt substantiel. Cette notion, nous le verrons, a été érigée en principe par la pratique conventionnelle. En ce qui concerne le domaine auquel nous nous limitons pour l'instant, aucune règle fixe, nous l'avons dit, n'existe. Cependant, soulignons qu'il n'est pas nécessaire que les intérêts à protéger représentent plus de 50 % du capital social. La notion d'intérêt substantiel peut quelquefois sous-entendre beaucoup moins (jusqu'à 20 %) (377). Mais, ce qui doit être admis, c'est que plusieurs Etats puissent intervenir conjointement au prorata des intérêts de leurs nationaux respectifs, même s'il s'agit d'un intérêt au pourcentage restreint. Le système a d'ailleurs été admis dans les affaires Delagoa et Mexican Eagle (378). La raison semble commander son adoption. Le Professeur Reuter le souligne (379) : « ...il existe des sociétés internationales dans lesquelles le capital est réparti entre trois groupes nationaux à raison de 33 % chacun, ou de quatre groupes nationaux à raison de 25 % chacun. Si l'on n'admettait pas qu'une partie substantielle (même non majoritaire) puisse bénéficier de la protection diplomatique, on refuserait toute protection diplomatique aux intérêts étrangers incorporés dans cette société ; une telle règle serait absurde et il serait possible de la tour-

(377) Voir *supra*, les développements consacrés à la pratique américaine en matière de protection diplomatique des sociétés.

(378) Protection conjointe Etats-Unis-Grande-Bretagne dans l'affaire Delagoa, Grande-Bretagne-Pays-Bas dans l'affaire Mexican Eagle.

(379) *Droit international public*, éd. 1958, p. 166.

ner par des procédés formels plus ou moins simples, basés sur une personnalité juridique distincte des groupes nationaux intéressés à la société » (380).

On pourra objecter que la concurrence des réclamations diplomatique est peu plaisante pour l'Etat défendeur, qui doit ainsi se défendre contre plusieurs Etats en raison d'un seul acte illicite, avec possibilité, comme le fait remarquer M. Bagge (381), que des tribunaux internationaux différents rendent des sentences opposées. A cela on peut répondre qu'il est tout à fait normal que l'Etat défendeur subisse les conséquences de son propre comportement : c'est par sa faute que les sociétés, contraintes de se soumettre à la forme juridique de la loi locale, ont été mises dans l'impossibilité de droit d'obtenir, en tant que telles, réparation (382).

Enfin, dernière condition limitant le droit de protection des actionnaires : cette protection ne s'applique pas en temps de guerre. Dans l'affaire du « Prado », en 1899, la Cour suprême des Etats-Unis a déclaré de bonne prise un navire appartenant à une société espagnole, et cela en dépit du fait que les actions de cette société appartenaient à des ressortissants neutres (en l'espèce britanniques). C'est, en effet, un principe traditionnel du droit des prises maritimes que le caractère ennemi ou neutre d'un navire est déterminé par le pavillon qu'il porte, ce qui interdit d'examiner

---

(380) Cf. P. de Visscher, « La protection... », *précit.*, p. 478 : « Il est vrai qu'en fait les Etats des actionnaires n'interviennent généralement que lorsque leurs nationaux possédaient des intérêts importants ou substantiels dans la société. Toutefois, on ne saurait voir dans cette pratique l'expression d'une règle de droit. L'idée du contrôle fondée sur l'intérêt substantiel est une idée unificatrice qui, sous réserve de son caractère difficilement praticable, peut être admise lorsqu'il s'agit de la protection de la société comme telle. Elle perd toute justification lorsque la personnalité morale est écartée et qu'il s'agit de protéger les actionnaires d'une société dissoute ou placée dans l'impossibilité d'exercer ses droits propres. »

(381) Bagge (A.), « Intervention on the ground of damage caused to nationals, with particular references to exhaustion of local remedies and the rights of shareholders », in *B.Y.I.L.*, 1958, p. 175 : « In this case it would not be fair to the defendant State that it should have to defend itself in legal proceedings on different occasions concerning international claims by different States based on the same act, with the possibility even that different international tribunals might come to different results. Rules must be applied which prevent such inconveniencies. An international claim based on damage caused to a shareholder, who does not hold all the shares in the corporation, should not be receivable unless an effective co-operation between the States intending to put forward claims of this nature has been arranged ».

(382) Cf. P. de Visscher, « La protection... », *précit.*, p. 479 : « Le principe de l'unité de la protection diplomatique n'a de sens, quant aux personnes morales, que dans la mesure où la technique unificatrice de la personnalité morale n'est pas détournée de sa fin naturelle ou n'est pas entravée dans ses effets utiles. »

« la question de savoir à qui, dans la réalité, appartient le navire » (383).

Le droit d'intervention au profit des actionnaires n'est donc pas illimité, il s'en faut. Aussi, devant les nouvelles données du commerce international et l'exigence de sécurité que réclament les investissements à l'étranger, en particulier dans les pays sous-développés, les Etats, de plus en plus, signent-ils des traités visant à assurer protection à leurs intérêts nationaux ainsi engagés. Ce droit, qui touche aussi bien les actionnaires que les sociétés, revêt une importance de premier ordre. Notre sujet présente d'ailleurs de nos jours d'autres aspects : c'est à l'ensemble de ceux-ci que nous consacrerons la troisième partie.

(383) Formule du Conseil des Prises français.

TROISIEME PARTIE

Transformations et aspects nouveaux du problème à l'époque contemporaine

Un seul mot pourrait suffire à caractériser ces transformations et ces aspects nouveaux : le mot « internationalisation ».

Internationalisation de fait, par la multiplication des sociétés à capitaux internationaux ; internationalisation de droit, par l'apparition de sociétés créées entre plusieurs Etats grâce à un traité destiné à réaliser une œuvre d'intérêt commun.

A l'internationalisation de fait est étroitement lié le problème des investissements à l'étranger. Certes, ce problème existait déjà au XIXe siècle. Mais certains changements survenus pendant et depuis la seconde guerre mondiale — revendications généralisées des nationalismes, question des pays sous-développés — lui ont donné une ampleur et une importance insoupçonnées du XIXe siècle. Les conséquences de ces changements sont : nécessité de vastes mouvements de capitaux et de services vers les pays en voie de développement, mais risque d'insécurité aggravé du fait de l'exaspération des nationalismes. La difficulté est de concilier ces deux conséquences contradictoires. Il appartient notamment au droit international public de le faire.

On voit que, lié désormais à ces questions vitales, le problème de la protection des sociétés et des intérêts capitalistes n'a jamais présenté une actualité plus grande. De la présence ou de l'absence d'une protection valable dépendra la disparition ou, au contraire, l'aggravation du risque d'insécurité, donc la réussite, ou l'échec, des plans d'assistance des pays prospères aux pays retardataires, du moins en ce qui concerne les investissements privés.

Nous allons étudier les solutions du droit positif. Toutefois, cette étude demande, comme nous venons de le voir, à être replacée dans le cadre plus large du problème des investissements à l'étranger, auquel nous consacrerons un examen préliminaire.

Nous pourrons ensuite nous attacher au phénomène de l'internationalisation de droit, phénomène caractérisé, comme nous l'avons dit, par l'apparition de sociétés créées entre plusieurs Etats grâce à un traité destiné à réaliser une œuvre d'intérêt commun. Dans quelle mesure ces sociétés internationales peuvent-elles

bénéficier de la protection diplomatique ? C'est à propos de cette question que nous mettrons à nu l'incompatibilité foncière, déjà mise en lumière à la fin de la première partie, entre le phénomène de l'*internationalisation* et les exigences traditionnelles d'une protection diplomatique à base *nationale*.

Le plan de la troisième partie se présentera logiquement de la façon suivante :

TITRE I : Problèmes posés par l'internationalisation de fait.

TITRE II : Problèmes posés par l'internationalisation de droit.

Titre I

PROBLEMES POSES PAR L'INTERNATIONALISATION DE FAIT

Le XIX^e^ siècle et la première moitié du XX^e^ connaissaient déjà, dans une certaine mesure, le phénomène de l'internationalisation de fait des sociétés. C'est d'ailleurs, nous l'avons dit, dans le germe d'internationalisme que contient le principe de la société anonyme que prennent naissance toutes les difficultés relatives à la protection, soit des sociétés, soit des actionnaires. Mais, depuis la guerre, la manière dont le phénomène se manifeste est sans commune mesure avec ce que l'on observait auparavant. Ce phénomène et les problèmes qu'il pose appellent des solutions qui, jusqu'à nouvel ordre, ne peuvent guère être atteintes de manière satisfaisante que dans le cadre de conventions ou de traités signés entre les Etats intéressés. D'où l'apparition d'une pratique conventionnelle touffue dont nous essaierons de donner l'idée la plus complète possible. Comme nous l'avons dit, nous ferons précéder cette étude, afin d'en mieux faire saisir l'intérêt, d'un chapitre préliminaire consacré au problème des investissements à l'étranger : nous ne nous livrerons pas, bien entendu, à une analyse exhaustive de la question, ce qui serait en dehors de notre sujet ; nous en esquisserons seulement les grandes lignes, dans la mesure nécessaire à une meilleure compréhension des développements qui suivront. D'autre part, notre optique sera essentiellement celle du droit international public.

Chapitre préliminaire

Le problème des investissements à l'étranger

Dans les débuts de la grande révolution industrielle, c'étaient essentiellement les nationaux d'un pays qui investissaient leurs capitaux à l'intérieur des frontières de leur Etat. Il était normal que les lois nationales reconnussent la force obligatoire des contrats et protégeassent la propriété de leurs ressortissants. Mais, très vite, avec l'accroissement des richesses, c'est au-delà des frontières nationales que les capitaux cherchèrent à s'investir, et les principes de droit international édictés pour leur protection se heurtèrent dès lors aux règles de droit interne de l'Etat sur le territoire duquel l'investissement était réalisé. Nous avons vu au cours des deux premières parties les luttes constantes auxquelles se sont livrés droit interne et droit international, celui-ci ayant été amené à évoluer constamment pour s'adapter à des situations nouvelles afin d'assurer une justice toujours plus grande.

Ces mouvements de capitaux et de services sont plus importants aujourd'hui que jamais, essentiellement, nous l'avons dit, en raison de l'apparition du problème des pays sous-développés, mais aussi en raison de l'accélération du progrès économique, social, industriel. L'ampleur nouvelle des mouvements de capitaux est due tout autant au développement donné aux plans d'assistance bilatérale ou multilatérale soit par les gouvernements des pays évolués eux-mêmes, soit par l'intermédiaire d'organisations intergouvernementales comme la Banque internationale pour la Reconstruction et le Développement.

Le montant des investissements publics à l'étranger est très élevé. Entre 1956 et 1959, par exemple, les Etats-Unis, le Canada et les membres de l'O.E.C.E. ont investi dans les pays sous-développés 4 milliards de dollars en moyenne par an, pris sur le Trésor public (384). Les investissements privés n'ont pas une moindre importance. Pendant la même période, les investissements privés des

---

(384) *Moyens financiers mis à la disposition des pays en voie de développement économique*, 1956-1959, O.E.C.E., avril 1961, Table 1, p. 10.

mêmes Etats se sont montés à une moyenne de 2,8 milliards de dollars par an (385).

Ces investissements ont une importance vitale. Le problème est de les encourager vers les parties du monde et vers les pays qui en ont le besoin le plus grand. Or, dans la réalité, ce schéma idéal n'est pas souvent respecté, surtout en ce qui concerne les investissements privés. C'est plutôt vers les pays déjà développés, tels le Canada ou l'Australie, et non pas vers ceux qui sont les plus retardataires, que les capitaux privés tendent à s'orienter. Ce phénomène est simple à expliquer : les investisseurs sont prêts à prendre les risques commerciaux voulus, mais seulement s'ils sont certains de pouvoir, ensuite, exercer leur activité en toute sécurité. Si l'Etat susceptible de recevoir l'investissement a au contraire la réputation d'imposer exagérément les bénéfices, d'adopter un traitement discriminatoire à l'égard des sociétés à capitaux étrangers (même si celles-ci sont d'allégeance juridique locale), ou de se livrer périodiquement au jeu de l'expropriation, on conçoit aisément que l'investissement prenne un autre chemin. C'est précisément, comme le fait remarquer Lord Shawcross (386), « le sentiment d'insécurité..., dû à d'amères expériences passées, qui est peut-être le principal obstacle à l'investissement de capitaux privés dans les pays en voie de développement ».

Il nous semble utile, avant d'aborder plus particulièrement l'aspect de la question qui intéresse notre sujet, de donner quelques précisions sur la position du droit international public en la matière. Nous étudierons la question successivement dans le domaine des investissements publics, puis dans celui des investissements privés.

Section I

Les investissements publics

Il y a peu à dire en matière d'investissements publics. En effet, les investissements publics sont inviolables et cette inviolabilité est reconnue, ce qui simplifie évidemment le problème. Un investissement public est généralement réalisé par un traité. Prenons l'exem-

(385) *Ibid.*, p. 10. L'estimation de l'O.N.U. est un peu inférieure. D'après elle, pour les mêmes pays, les investissements publics se sont élevés à 2,75 milliards par an, et les investissements privés à 2,2 milliards. Ces variations viennent de ce que la définition des termes inclus dans l'aide fournie à ces pays varie elle-même. L'O.N.U. évalue l'aide en capital, non compris l'aide militaire, mais y compris l'aide technique.

(386) Lord Shawcross : « The problem of foreign investment in international law », *Rec. Cours*, 1961, I, pp. 339 à 363 (en anglais) et 369 à 393 (en français). Nous nous inspirons de très près, dans ce chapitre préliminaire, des remarquables analyses de l'auteur. On ne saurait mieux faire pour donner en peu de phrases une idée complète et précise de la question.

ple d'un prêt réalisé par la Banque mondiale pour la construction d'un important ouvrage. La Banque conclut en principe deux conventions. La première est conclue avec l'emprunteur dans l'Etat en question ; cet emprunteur peut être une entreprise publique ou une entreprise privée. La seconde est conclue avec le gouvernement de cet Etat, ce qui permet d'obtenir de ce dernier la garantie du prêt. Techniquement parlant, ces conventions n'ont peut-être pas toutes les caractéristiques d'un traité. Mais, comme le fait remarquer Lord Shawcross, « elles sont publiées dans le Recueil des traités des Nations Unies et on ne peut pas imaginer que les obligations ainsi assumées puissent être légitimement répudiées » (387).

Par conséquent, un investissement public, la plupart du temps réalisé par traité, est par là même assuré de la protection du droit international. Autrement épineuse est la question des investissements privés.

Section II

Les investissements privés

Les investissements privés peuvent être réalisés suivant trois modalités différentes : sous forme de prêt, à un gouvernement ou à des emprunteurs privés ; sous forme d'investissements de portefeuille, autrement dit d'achat de parts de sociétés établies dans l'Etat qui reçoit l'investissement ; sous forme, enfin, d'investissements directs, par l'achats de biens immobiliers — usine, terrain, mine, plantation — dans l'Etat en question. Mais, quelle que soit la forme sous laquelle il est réalisé, cet investissement ne bénéficie d'aucune garantie automatique de la part de cet Etat. Celui-ci peut répudier ses obligations ou exproprier la propriété étrangère, soit à la suite d'un sursaut de nationalisme, soit après une révolution politique, soit tout simplement en raison d'un accès de mauvaise humeur. Quels principes le droit international édicte-t-il pour prévenir ou réprimer de tels agissements ?

Pour les besoins de cette étude, Lord Shawcross distingue entre les investissements réalisés sans contrat ni participation avec l'Etat dans lequel on procède à l'investissement, et les investissements qui dépendent d'un accord avec ce gouvernement. C'est, semble-t-il, la distinction la plus logique que l'on puisse faire, et nous l'adopterons.

§ 1 : *Investissements de propriétés réalisés sans contrat ni participation avec l'Etat dans lequel on procède à l'investissement*

En cas d'investissement sans participation étatique, l'étranger, suivant une règle généralement admise, n'a pas un droit absolu à

(387) *Ibid.*, pp. 343 et 373.

la rétention de sa propriété. Mais, en contrepartie, l'Etat n'a le droit d'acquérir la propriété étrangère pour des besoins d'intérêt public que s'il le fait sans discrimination et avec paiement simultané d'une indemnité adéquate et effective (388). Si l'une de ces composantes vient à manquer, la responsabilité internationale de l'Etat qui a exproprié peut être mise en jeu. En ce qui concerne le caractère « adéquat » de l'indemnité, les deux Etats se mettront d'accord sur le mode de paiement qui conviendra le mieux. L'indemnité pourra être versée directement aux particuliers intéressés ; elle pourra l'être éventuellement à leur Etat national après estimation des valeurs expropriées. Les deux Etats peuvent également convenir d'une indemnité forfaitaire. Les sentences arbitrales n'ont pas formulé de règles générales à propos du montant de cette indemnité, mais il est entendu que celle-ci doit être déterminée d'après la valeur intrinsèque de l'entreprise au jour de l'expropriation (389). En ce qui concerne la règle de la simultanéité, les décisions arbitrales exigent la plupart du temps le paiement d'intérêts pour les indemnités accordées si ces dernières n'ont pas été versées dès la date de l'expropriation, ce qui prouve que l'obligation d'indemniser prend naissance à compter du jour de la saisie. Quant à la question de l'effectivité, elle se ramène au principe que l'indemnité doit être versée au propriétaire sous une forme telle qu'il puisse en faire usage. Aucune difficulté n'existait autrefois à ce sujet. Les difficultés et les risques sont apparus avec les problèmes de contrôle des changes et de convertibilité.

Si l'on compare les principes à la pratique, on s'aperçoit que celle-ci, au moins apparemment, suit d'assez près ceux-là. Le Cin-

---

(388) L'origine de la nécessité de cette compensation remonte, semble-t-il, au XIX^e siècle. Voir par exemple les arrêts rendus par les Commissions mixtes instituées en 1855 et 1871 entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis. Plus récemment, on trouve les jugements rendus à propos des affaires « Réclamations norvégiennes c. Etats-Unis » et « Walter Fletchar Smith » (respectivement dans SCOTT, *Hague Court Reports*, 2^e série, p. 40, et *Annual Digest of international law cases*, 1929-1930, p. 264). Voir enfin l'arrêt rendu par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de l'usine de Chorzow (*Rec. C.P.J.I.*, série A, n° 17).

(389) Cf. l'arrêt rendu lors de l'arbitrage entre la Grèce et la Bulgarie à propos de « quelques forêts en Rhodôpe central ». Il était question, dans cette affaire, d'obligations résultant d'un traité. L'arbitre déclara que l'indemnité qui devait être payée à la Grèce pour ceux de ses ressortissants dont les droits avaient été atteints devait être déterminée d'après la valeur intrinsèque de l'entreprise au moment de la dépossession. Il déclara également que le traité en question « sanctionnait expressément un principe de droit international général, celui du respect des droits privés dans les territoires annexés, régulièrement acquis selon le régime précédent ». Par là l'arbitre mettait en relief les principes relatifs à l'expropriation en général.

quième Amendement à la Constitution des Etats-Unis s'exprime ainsi :

> « Nul ne pourra être... privé de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété sans une procédure conforme au droit. Aucune propriété privée ne pourra être prise pour un usage public sans une juste indemnité. »

L'article 11 de la Constitution de la Belgique du 7 février 1831 prévoit également :

> « Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établie par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité. »

De nombreuses autres constitutions contiennent des déclarations analogues. Parmi les plus récentes, on peut citer celle du Nigeria, dont l'article 30 dispose :

> « Aucune propriété ne sera saisie de force et aucun droit ou intérêt rattaché à cette propriété ne sera acquis de force, en aucune partie du Nigéria, si ce n'est en vertu d'une loi qui *a)* exige le paiement d'une indemnité adéquate et *b)* donne à toute personne qui réclame une telle indemnité, le droit d'accès à la Haute-Cour... »

Si l'on se tourne maintenant vers la pratique internationale proprement dite, on peut s'apercevoir que, dans la plupart des cas célèbres, l'obligation de payer une indemnité adéquate et effective a été reconnue, mais seulement après intervention des gouvernements intéressés sur la base des principes du droit international. Prenons deux des exemples les plus connus : ceux de l'Anglo-Iranian Oil Company et de la Compagnie universelle du Canal de Suez. Au début, la nationalisation de ces compagnies n'eut pas pour contrepartie le versement d'indemnités simultanées, adéquates et effectives. Cependant, après protestation des Etats en cause, on aboutit à des arrangements équitables ayant eu pour conséquence le versement de sommes supérieures à celles payées dans le cas de traités sur les indemnités globales. A propos de ces traités (il s'agit essentiellement de ceux signés après la fin de la guerre), on fait parfois remarquer précisément qu'ils ont, en prévoyant le versement de sommes tout à fait insuffisantes, porté atteinte au principe général. Lord Shawcross fait remarquer, au contraire, que ces accords ne servent pas de précédents : ils ont été négociés en tant que moyen pratique pour rétablir des relations économiques internationales normales, et les circonstances tout à fait particulières et exceptionnelles qui ont entouré leur négociation et leur signature empêchent absolument qu'on leur reconnaisse valeur de droit coutumier.

Les règles de droit international protectrices de la propriété privée des étrangers existent donc et, note Lord Shawcross, seule l'in-

fluence de la philosophie communiste peut conduire à nier leur existence. Il s'agit simplement, mais c'est là une question vitale, de veiller à leur maintien et à leur respect. On mesure à cet égard l'importance fondamentale du droit de la protection diplomatique.

§ 2 : *Investissements dépendant d'un accord avec le gouvernement de l'Etat dans lequel on procède à l'investissement.*

Cet accord peut correspondre à un contrat avec l'Etat en question, ou à un engagement de celui-ci ou enfin à une concession accordée par le gouvernement. La question est de savoir si ce rapport contractuel permettra à l'investissement de bénéficier d'une plus grande sécurité. Les exemples du passé que nous avons eu l'occasion d'analyser pourraient déjà nous en faire douter. Il n'est que de se rappeler l'attitude des Etats défendeurs dans les affaires Shufeldt, Delagoa, Mexican Eagle, pour n'en citer que quelques-unes. Mais reprenons la question à la base.

Tout d'abord il est essentiel de faire entrer en ligne de compte les termes mêmes du contrat. En effet l'Etat qui accorde une concession souhaite parfois conserver toute liberté pour en modifier les clauses ou même pour l'annuler. Or, il se peut que le contrat prévoie cette éventualité, auquel cas le problème devient tout différent. Si ce n'est pas le cas, la question qui se pose pour nous est de savoir si, unilatéralement, l'Etat a le droit de modifier les termes du contrat. Certainement pas. Même si le contrat est soumis au droit local, ce qui, nous le savons, est souvent le cas, il donne naissance à un droit international par le simple fait qu'il a été conclu avec un étranger. Il s'agit de l'application de la doctrine des droits acquis : à partir du moment où un droit est né par l'effet de la législation locale, il ne peut plus être privé de son caractère international, aux dépens de l'étranger qui en est le titulaire, en vertu d'un acte de droit local incompatible avec le droit international.

On peut objecter que le fait d'admettre l'inviolabilité d'un contrat avec un étranger est une atteinte à la souveraineté de l'Etat. Objection facile à réfuter si l'on songe, avec Lord Shawcross, que « le fait même de conclure un contrat constitue un exercice de la souveraineté, différent en degré seulement, non pas en espèce, de la conclusion d'un traité. » (390). On peut se référer également à ce propos à cette déclaration de la Suisse devant la Cour permanente de Justice internationale, dans l'affaire « Losinger » :

« Le principe *pacta sunt servanda*... s'impose non seulement à propos d'accords directement conclus entre Etats, mais aussi

(390) *Loc. cit.*, pp. 351 et 382.

pour ceux passés entre un Etat et des étrangers... » (391),

déclaration qui, devant les tribunaux, n'a jamais été contestée.

Par conséquent, on peut conclure qu'un Etat est dans son tort s'il lui arrive de modifier unilatéralement les termes d'un contrat signé avec un étranger ou d'abroger ce même contrat. C'est en application de ce principe que des Etats ont pu être considérés comme responsables et condamnés dans les affaires que nous avons étudiées à propos de la protection diplomatique des actionnaires.

Une autre question se pose maintenant, celle de savoir si l'Etat peut, comme c'est le cas lorsque l'investissement a été réalisé sans contrat, exproprier contre une indemnité simultanée, adéquate et effective. Il ne semble pas qu'une telle hypothèse soit possible. On peut seulement admettre que le contrat puisse cesser d'être exécutoire à partir du moment où les circonstances extérieures elles-mêmes changent, car l'application du principe des droits acquis n'est pas absolue. On peut rapprocher l'hypothèse de celle que prévoit la clause *rebus sic stantibus* en matière de traités ou de celle que prévoient les doctrines de la frustration et de l'imprévision en droit interne. Il ne s'agit pas d'une assimilation, mais d'une analogie, de laquelle on peut déduire le principe suivant : l'Etat ne peut modifier le contrat qu'il a conclu avec un étranger (sauf accord des parties) que si les événements survenus depuis la signature sont absolument imprévus et étaient imprévisibles à la date de la signature, et si ces événements rendent l'obligation de l'une des parties si onéreuse qu'on peut valablement supposer que cette dernière n'aurait pas conclu le contrat si elle en avait eu connaissance à l'origine (392).

L'appréciation de telles conditions peut être délicate, notamment lorsqu'il s'agit de pays sous-développés : les révolutions politiques, la découverte de nouvelles mines, de nouveaux gisements, constituent-elles des événements imprévisibles justifiant une modification des termes initiaux du contrat ? Même soumises à l'appréciation impartiale d'un arbitre, de telles questions pourront soulever des doutes. Lord Shawcross (393) propose le système d'un tribunal établi en vertu de conventions internationales, tribunal auquel chaque partie aurait accès, sur la base de la réciprocité, pour demander la révision du contrat.

---

(391) C.P.J.I., *Rec.*, 1936, série C, n° 78.

(392) D'après Lord Shawcross (*loc. cit.*, pp. 355 et 385), le principe du droit des contrats semble en effet suffisamment général pour constituer une source de droit international au sens de l'article 38 (c) du statut de la Cour internationale de Justice.

(393) *Loc. cit.*, pp. 358 et 389.

En attendant, il reste que la seule solution valable est constituée par des négociations entre les parties ou, mieux encore, par la conclusion préalable d'accords ou par la promulgation de lois nationales garantissant la protection aux investissements étrangers. Cette évolution est rendue d'autant plus nécessaire que, depuis la seconde guerre mondiale, la validité de la règle des droits acquis a été contestée en tant que principe de droit international, surtout par les pays de philosophie communiste, mais aussi par les pays ayant nouvellement accédé à l'indépendance. Or, si les règles du droit international en cette matière venaient à s'affaiblir, c'est le retour à la raison du plus fort et au règne de la mauvaise foi, et c'en est fait de la sécurité des relations économiques internationales et, en particulier, des mouvements de capitaux privés vers les pays sous-développés. Les Etats se sont donc tournés vers le droit conventionnel pour parer à l'insuffisance des principes coutumiers de droit international. Les Nations-Unies les ont encouragés dans cette voie : l'Assemblée générale, entérinant le 11 décembre 1954 une proposition du Conseil économique et social (394), a recommandé aux pays exportateurs de capitaux ainsi qu'aux pays importateurs de prendre toutes les mesures possibles et mutuellement acceptables susceptibles de renforcer le flux des capitaux vers les pays sous-développés : traités, autres arrangements, ou négociations d'accords assurant les investissements contre certains risques non commerciaux (395).

On peut distinguer plusieurs aspects dans cette pratique conventionnelle.

On remarque d'abord que de nombreux accords bilatéraux ont été signés entre pays exportateurs de capitaux et pays importateurs visant à favoriser les investissements à l'étranger en prévoyant leur mode de protection contre tout dommage éventuel.

Un autre mode de protection est constitué par la création de systèmes de garantie-assurance couvrant les risques non commerciaux qui menacent les investissements privés à l'étranger.

Le troisième aspect de cette pratique conventionnelle vise à assurer la protection cette fois non plus contre un dommage éventuel, mais contre le dommage déjà survenu : il s'agit des conventions d'indemnisation insérées dans les Traités de paix ou faisant l'objet de traités spéciaux, et destinées à indemniser les propriétaires de biens nationalisés.

---

(394) Résolution 512 (XVII) adoptée le 30 avril 1954 par le Conseil économique et social.

(395) Résolution 824 (IX) adoptée le 11 décembre 1954 par l'Assemblée générale de l'O.N.U., et intitulée : « Courant international des capitaux privés destinés au développement économique des pays sous-développés ».

Enfin, le quatrième aspect, qui jusqu'à maintenant est représenté seulement par des propositions, sans avoir encore abouti au moindre accord définitif, mais dont nous parlerons en raison de l'intérêt de premier ordre qu'il représente, est constitué par des projets de conventions *multilatérales* visant à la protection de la propriété étrangère.

Chacun de ces aspects fera l'objet d'un chapitre particulier.

Chapitre I

Les conventions d'établissement

Dans ces conventions, comme dans toute la pratique conventionnelle nous le verrons, la notion de contrôle est mise à l'honneur. C'est là que le concept de l'allégeance politique de la société, par opposition à son allégeance juridique, se révèle indispensable. En effet, la société est souvent sous l'allégeance juridique du pays dans lequel elle a son centre d'exploitation. D'après la conception traditionnelle, si l'allégeance juridique était vraiment la nationalité, l'octroi de l'égalité de traitement avec les sociétés purement nationales devrait aller de soi. Ce n'est pas le cas. Pourquoi ? Parce que la société née de l'implantation dans un Etat donné de capitaux venant de l'étranger, même si elle a été contrainte de fixer son siège social dans cet Etat, donc d'adopter sa « nationalité », n'est pas pour autant considérée comme une société nationale. Malgré qu'on en ait, elle reste une société « étrangère » à partir du moment où elle est composée de ressortissants d'un Etat étranger. Position aisée à expliquer et à comprendre dès que l'on admet que la « nationalité » d'une société correspond à son allégeance politique.

Cette idée ressort clairement des dispositions des traités dont nous allons parler, qui tous font appel à la notion de contrôle. Toutefois, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, aucun critère précis de cette notion n'est formulé et le mode de détermination des bénéficiaires des droits et avantages prévus par les traités peut varier de l'un à l'autre.

Certains utilisent le terme de « contrôle », sans autre précision. D'autres font appel à la notion d'intérêt substantiel (sans condition de majorité), c'est-à-dire au contrôle relatif. Tantôt la notion utilisée est celle d'intérêt majoritaire, ce qui introduit l'idée de contrôle absolu. Certains traités parlent du contrôle indirect, d'autres du contrôle mixte. Enfin, la notion peut être utilisée de manière à écarter du bénéfice des traités les sociétés dans lesquelles des nationaux d'un Etat autre que les Parties contractantes détiennent des intérêts. Successivement, nous nous attacherons à l'étude de la mise en œuvre de ces différentes acceptions du contrôle. Pour terminer, nous nous livrerons à l'étude des droits ainsi reconnus par les conventions d'établissement.

§ 1 : *Traités employant seulement le terme de « contrôle »*

On peut citer tout d'abord le traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les Etats-Unis et l'Italie le 2 février 1948 (396). L'article III § 1 prévoit des avantages et droits au profit :

« ...des sociétés et associations de chacune des Hautes Parties Contractantes qui ont été constituées par des ressortissants, sociétés ou associations de l'autre Haute Partie Contractante ou dans lesquelles ceux-ci ont des intérêts, conformément aux droits et privilèges énumérés dans le présent paragraphe et qui sont contrôlées par lesdits ressortissants, sociétés ou associations. »

La notion de contrôle, utilisée sans autre précision, se retrouve dans le traité de commerce signé entre l'Inde et l'Afghanistan (397). L'article 8 est ainsi conçu :

« Toutes sociétés commerciales et industrielles, banques et compagnies d'assurances appartenant aux ressortissants de l'une des Parties Contractantes ou contrôlées par elles pourront être constituées en sociétés sur le territoire de l'autre Partie, conformément aux lois et règlements de celles-ci. Ces sociétés seront reconnues comme personnes morales par les Tribunaux des Parties Contractantes et pourront ester en justice en cette qualité. A toutes autres fins, notamment en ce qui concerne le droit de constitution, elles jouiront du traitement de la nation la plus favorisée. »

Il serait hors de notre sujet d'analyser les conventions de double imposition. Disons simplement que la plupart d'entre elles, telle la Convention entre la France et le Danemark (398), ou encore la Convention entre la France et la Suisse (399), la première dans son article 7, § 2, la seconde dans son article 6, § 2, prennent en considération la nationalité des détenteurs d'actions et réservent les droits et avantages aux sociétés dans lesquelles ces derniers ont des participations, directes ou même indirectes (400).

---

(396) *Rec. O.N.U.*, vol. 79, p. 228.

(397) *Ibid.*, vol. 167, p. 113.

(398) Convention du 8 février 1957 (*J.O.*, 10 août 1958, p. 7519) tendant à éviter les doubles impositions et à établir des règles d'assistance administrative réciproque en matière d'impôts sur le revenu et la fortune.

(399) *J.O.*, 29 mars 1955, p. 3068.

(400) Cf. art. 7, § 2 de la Convention France-Danemark : « Une société ayant son domicile fiscal au Danemark n'est pas soumise en France à la taxe proportionnelle sur le revenu des capitaux mobiliers en raison de sa participation dans la gestion ou dans le capital d'une société ayant son domicile fiscal en France ou à cause de tout autre rapport avec cette société... » et l'article 5 précise : « Une entreprise est considérée comme participant à la gestion ou au capital d'une autre entreprise, notamment lorsque les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la gestion ou au capital de chacune des deux entreprises. »

D'autres traités, plus précis, font appel à la notion d'*intérêt substantiel.*

§ 2 : *Traités faisant appel à la notion d'intérêt substantiel*

Cette notion est employée dans le traité d'amitié, de commerce et de développement économique signé le 23 novembre 1949 entre les Etats-Unis et l'Uruguay, qui accorde la parité de droit aux sociétés uruguayennes dans lesquelles des ressortissants américains ont, d'après l'article VIII, § 3, des « intérêts substantiels ». Les mêmes droits s'entendent, éventuellement, pour les sociétés américaines dans lesquelles des ressortissants de l'Uruguay ont ces mêmes « intérêts substantiels ».

Cette notion se trouve dans un paragraphe relatif aux garanties prévues au profit des sociétés en cas d'expropriation ou de nationalisation. Elle est particulièrement utile lorsqu'il s'agit d'une telle éventualité. Elle est même beaucoup plus favorable que la notion d'intérêt majoritaire, car elle permet à tous les intérêts étrangers, même peu représentés, d'être indemnisés. Aussi la trouve-t-on dans d'autres traités tendant à prévenir les conséquences des expropriations ou nationalisations. L'expression employée n'est d'ailleurs pas nécessairement celle d' « intérêt substantiel ». Elle peut être celle d' « intérêt important ». Les deux adjectifs peuvent être considérés comme synonymes. Remarquons une fois de plus que, dans ces traités, la « nationalité » de la société au sens traditionnel, c'est-à-dire son allégeance juridique, n'est absolument pas prise en considération.

Parmi ces traités, citons en particulier ceux qui furent signés par l'Italie avec la République fédérale d'Allemagne (article 5, § 5), avec l'Uruguay (article VIII), avec le Japon (article 6, § 4), et enfin avec les Etats-Unis. Ce traité, signé en 1948, contient la disposition suivante (article V, § 3) :

> « ...en ce qui concerne les questions relatives à la nationalisation des entreprises privées et au passage de ces entreprises sous contrôle public, les entreprises dans lesquelles des ressortissants, sociétés et associations de l'une des Parties Contractantes ont un intérêt important jouiront, dans les territoires de l'autre Haute Partie Contractante, d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux entreprises similaires dans lesquelles des ressortissants, des sociétés ou des associations de cette Haute Partie Contractante ont un intérêt important » (401).

---

(401) Cf. Walker (H.), « Provisions on Companies in United States Commercial Treaties », *A.J.I.L.*, 1956, p. 373.

§ 3 : *Traités faisant appel à la notion d'intérêt majoritaire*

Cette notion a évidemment pour résultat d'écarter du bénéfice du traité les sociétés dans lesquelles les ressortissants d'une des Parties contractantes ne possèdent pas au moins 50 % des intérêts. On la trouve dans plusieurs traités de commerce signés par les Etats-Unis, parfois confondue, d'ailleurs, avec la notion d'intérêt substantiel. C'est le cas du traité d'amitié, de commerce et de développement économique signé le 23 novembre 1949 avec l'Uruguay et dont nous avons déjà parlé. Alors que l'article VIII, § 3, parle d'intérêt « substantiel », l'article VI, § 2, parle d'intérêt « prédominant », ce sous-entend la condition de majorité. Mais, contrairement à ce qui se passe dans l'article VIII, il ne s'agit pas de l'éventualité d'une nationalisation ou d'une expropriation, cas où la notion d'intérêt substantiel, nous l'avons vu, se justifie, puisqu'il importe alors que les sociétés à intérêts étrangers, même minoritaires, ne soient pas maltraitées ; il s'agit seulement, dans cet article VI, de la parité de droit.

Dans certains autres traités, le terme de « majorité » est expressément employé. Tel est le cas du traité franco-allemand signé le 27 octobre 1956 à propos du règlement de la question sarroise. Son article 75 prévoit le maintien du droit d'établissement au profit des...

> « ...banques et établissements à participation majoritaire française ayant leur siège social en Sarre » (402).

On peut citer encore la Convention judiciaire signée entre la France et la Tunisie le 9 mars 1957 et dont l'article 3, lettre (*a*), 2°, accorde des privilèges de juridiction...

> « ...lorsqu'une partie est une société de nationalité tunisienne dont la majorité appartient à des personnes physiques ou morales de nationalité française » (403).

De même, la Convention économique et financière du 3 juin 1955 entre la France et la Tunisie (404) prévoit des avantages pour...

> « ...les sociétés tunisiennes régulièrement constituées antérieurement au 1er août 1954 dont la majorité du capital social (ou des souscriptions ou des cotisations en ce qui concerne les coopératives, les caisses de crédit mutuel et agricole et les sociétés d'assurances mutuelles) appartenait à cette date et depuis leur constitution, ou depuis deux ans au moins, à des non-Tunisiens... »

---

(402) *J.O.*, 10 janvier 1957, p. 460.
(403) *J. O.*, 2 février 1958, p. 1266.
(404) *J. O.*, 15 août 1955, p. 8204.

§ 4 : *Traités faisant appel à la notion de contrôle indirect*

Certains traités prévoient droits, avantages et protection pour les sociétés des Parties contractantes, même si le contrôle qui s'exerce sur elles est indirect, c'est-à-dire exercé par l'intermédiaire d'une filiale. On trouve cette clause essentiellement dans certains traités signés par les Etats-Unis. Citons le traité signé avec l'Italie en 1948, avec l'Uruguay en 1949, avec l'Irlande en 1950 et, particulièrement, l'accord avec les Philippines signé le 4 juillet 1946 (405) et relatif au commerce et à des questions connexes pour la période de transition suivant l'instauration de l'indépendance des Philippines. Son article VII prévoit droits et avantages...

« ...aux citoyens des Etats-Unis et à tous genres d'entreprises commerciales ou industrielles appartenant à des citoyens des Etats-Unis ou contrôlées directement ou indirectement par eux. »

En revanche, la Convention économique et financière du 3 juin 1955 entre la France et la Tunisie, précitée, refuse le bénéfice des avantages aux...

« ...filiales... lesquelles, *a priori*, ne remplissent pas les conditions de contrôle étranger, puisque la société-mère est par hypothèse tunisienne » (406),

clause qui a parfois été considérée comme critiquable (407).

§ 5 : *Traités faisant appel à la notion de contrôle mixte*

Il s'agit d'une application assez surprenante de la théorie du contrôle et, au demeurant, assez rare. On ne la trouve, semble-t-il, que dans la Convention d'établissement entre la France et l'Italie du 23 août 1951 (408). Son article 7 réserve certains avantages sur le territoire de chaque Haute Partie Contractante à des sociétés ou organismes de l'autre Haute Partie Contractante si ceux-ci...

« ...se trouvent sous contrôle français, italien, ou mixte franco-italien. »

Le protocole annexe développe la notion de façon plus complète : il y a contrôle mixte si...

« ...la majorité des personnes chargées de la direction et de l'administration effective d'une société possède la nationalité

(405) *Recueil de l'O.N.U.*, vol. 43, n° 668.

(406) Rappelons que les avantages sont réservés aux sociétés tunisiennes constituées avant le 1er août 1954 dont la majorité du capital social appartenait à des non-Tunisiens, à cette date et depuis leur constitution, ou depuis deux ans au moins.

(407) Cf. Vignes (D.), « La protection des actionnaires dans les conventions internationales bilatérales », dans *La Personnalité morale et ses limites, précit.*, p. 215 ; cf. aussi Verdier (J.-M.), « L'évolution récente et les données actuelles de la condition des personnes physiques et morales étrangères en Tunisie », dans *Revue juridique et politique d'Outre-mer*, 1959, p 114.

(408) *J. O.*, 16 janvier 1958, p. 620, et *R.G.D.I.P.*, 1958, p. 332.

française ou la nationalité italienne et que la majeure partie des capitaux engagés appartient à des ressortissants français ou italiens. »

§ 6 : *Traités écartant du bénéfice des droits les sociétés dans lesquelles des nationaux d'un Etat autre que les Parties contractantes détiennent des intérêts*

On trouve cette clause dans certains accords bilatéraux de commerce passés par les Etats-Unis. L'article XXI, I (*e*), du Traité d'amitié, de commerce et de navigation signé en 1953 avec le Japon (409) refuse les avantages du traité...

« ...à toute société dans le capital ou la direction de laquelle des nationaux d'un ou de plusieurs Etats-tiers ont directement ou indirectement la majorité. »

D'autres traités ajoutent cependant que ces sociétés ont droit à la reconnaissance de leur personnalité juridique et à l'accès devant les tribunaux. Tels sont : le traité Etats-Unis-Uruguay de 1949, précité, article XVIII, § 1 (*e*), et le traité Etats-Unis-Irlande de 1950, article XX, § 1 (*f*).

Cette clause semble aller de soi : il est naturel que, dans un traité bilatéral, des avantages ne soient pas prévus en faveur de ressortissants d'un Etat tiers. On ne trouve pourtant pas cette condition négative dans tous les traités. Dans la Convention entre la France et la Tunisie de 1955 précitée, l'article 35 (*b*) réserve des avantages aux...

« ...sociétés tunisiennes... dont la majorité du capital... appartenait... à des non-Tunisiens, dont plus de la moitié des administrateurs ou gérants est de nationalité non-tunisienne... »

Mais, comme le fait remarquer M. Vignes, cette clause s'explique par le fait que la Tunisie n'accédait pas alors à l'indépendance, mais seulement à l'autonomie, et que la France, en conséquence, continuait à exercer son rôle de protecteur (410).

§ 7 : *Quels sont les droits reconnus aux sociétés par ces conventions d'établissement ?*

Les droits reconnus aux sociétés sont essentiellement ceux de pouvoir se livrer en toute tranquillité à leurs activités commerciales. Il s'agit donc de la reconnaissance non plus seulement de droits civils, mais de droits dits « fonctionnels » (411), grâce auxquels

(409) 4 *U. S. Treaties PT.* 2, 2063.
(410) *Loc. cit.*, p. 216 ; v. aussi WALKER, *loc. cit.*, p. 383.
(411) Sur cette distinction entre droits civils et droits fonctionnels, dont l'analyse sortirait des limites de notre sujet, on peut voir WALKER, *loc. cit.*, qui étudie le problème à propos des traités signés par les Etats-Unis.

les capitaux privés peuvent venir s'investir sans crainte dans les pays signataires. Suivant les traités, ces droits peuvent être reconnus de trois manières différentes : par la lutte contre les discriminations, par l'insertion de la clause de la nation la plus favorisée, par l'octroi d'un traitement préférentiel.

a) Lutte contre les discriminations : les sociétés étrangères se voient ainsi garantir l'égalité de traitement avec les sociétés nationales. C'est là une clause fondamentale. On la trouve dans l'article VI du traité d'amitié, de commerce et de développement économique signé en 1949 entre les Etats-Unis et l'Uruguay ; dans l'article III, § 2, du traité d'amitié, de commerce et de navigation signé en 1948 entre les Etats-Unis et l'Italie ; dans l'article 4, § 2, du traité d'amitié, de commerce et de navigation signé en 1946 entre la Chine et les Etats-Unis ; dans la convention franco-italienne signée le 23 août 1951 (article 7, § 3).

A titre d'exemple, citons l'article 4, § 2, du traité sino-américain de 1946 :

> « Les nationaux, sociétés et associations des deux Hautes Parties Contractantes bénéficieront, dans les territoires de l'autre Haute Partie Contractante, et conformément aux lois en vigueur et aux règlements, s'il en existe, qui sont ou peuvent ultérieurement être imposés par les autorités dûment constituées, du droit d'organiser ou de faire partie, et du droit de contrôler et de diriger, des sociétés et associations de cette autre Haute Partie Contractante pour entreprendre des affaires en rapport avec le commerce, les industries de fabrication et de transformation, les sciences, l'enseignement, les cultes et la philanthropie ; il est entendu cependant que chacune des deux Hautes Parties Contractantes sera tenue d'accorder, à l'intérieur de ses territoires, aux nationaux, sociétés et associations de l'autre Haute Partie Contractante, un traitement en ce qui concerne une telle participation ou organisation, y compris le droit de contrôler et diriger, aussi favorable que celui qui est ou qui peut ultérieurement être accordé à ses propres nationaux, sociétés et associations. »

b) D'autres traités font bénéficier les sociétés étrangères (412) de la clause de la nation la plus favorisée. Tels sont : l'article VII de l'accord de commerce Etats-Unis-Philippines de 1946 ; l'article III, § 1, du traité italo-américain de 1948 ; l'article 8 du traité de commerce conclu entre l'Inde et l'Afghanistan le 4 avril 1950 ; l'article 4, § 1, du Traité sino-américain. A titre d'exemple, citons l'article VII de l'accord Etats-Unis-Philippines :

---

(412) Signalons que nous entendons toujours par sociétés étrangères les sociétés *d'allégeance politique étrangère*, c'est-à-dire les sociétés constituées par des étrangers, même si celles-ci ont la « nationalité », c'est-à-dire l'allégeance juridique, locale.

« Si les Philippines reconnaissent à qui que ce soit le droit de disposer de terres arables..., elles reconnaîtront également ce droit aux citoyens des Etats-Unis et à tous genres d'entreprises commerciales et industrielles appartenant à des citoyens des Etats-Unis ou contrôlées directement par eux, sous réserve que les Philippines ne seront pas tenues de se conformer aux dispositions précédentes de la présente phrase qui sont incompatibles avec leur Constitution. »

c) Octroi d'un traitement préférentiel : il s'agit là d'une disposition que l'on trouve dans les traités passés par les Etats-Unis, qui la jugent fondamentale. Elle s'inscrit dans la ligne de l'effort déployé par les Etats-Unis pour assurer à leurs ressortissants ayant investi à l'étranger un traitement cette fois non plus seulement égal à celui des nationaux, mais conforme aux normes du droit international, c'est-à-dire, en fait, préférentiel par rapport à celui réservé aux nationaux : les biens étrangers doivent jouir d'un traitement conforme « à une norme de justice minimum » (413). Cette clause se trouve dans les traités avec la Chine du 4 novembre 1946, avec l'Italie du 2 février 1948 et avec l'Irlande du 21 janvier 1950 : elle prévoit le versement « prompt » d'une compensation « juste et effective » en cas d'expropriation. Quant au traité avec l'Uruguay, du 23 novembre 1949, il prévoit que le traitement national s'appliquera aux expropriations de biens américains, mais qu'en tous cas il sera versé, à ce titre, une juste compensation, d'une manière prompte, effective et adéquate.

Ainsi, les conventions d'établissement nous mettent en présence d'un aspect nouveau de notre problème. On pourrait le résumer de la manière suivante : jusqu'à 1945, il s'agissait de guérir ; depuis, on tente de prévenir. On n'attend plus la survenance du dommage pour mettre en mouvement l'institution de procédure appelée protection diplomatique. On tente d'éviter que le dommage se produise par la mise sur pied d'une protection *a priori*. Si le dommage, néanmoins, survient, alors seulement la protection diplomatique pourra être mise en jeu. En outre, le déclenchement du mécanisme pourra avoir lieu sur la base du seul lien d'allégeance politique, c'est-à-dire dans des cas où, en l'absence de traité, l'intervention n'eût pas été juridiquement possible, du moins jusqu'à nouvel ordre. Nous pourrons faire la même constatation en étudiant les systèmes de garantie-assurance.

---

(413) Sur cette question v. Doman (N. R.), « Postwar Nationalization of foreign property in Europe », in *Columbia Law Review*, 1948, pp. 1125, 1134-1136. V. aussi Roth (A. H.), *The minimum standard of international law applied to aliens*, 1949, p. 122. Cette position a été vigoureusement réaffirmée par le gouvernement américain dans une note du 28 août 1953 qui protestait contre la compensation à son avis insuffisante accordée par le Guatemala à la *United Fruit*, dont certaines terres avaient été expropriées à la suite de la réforme agraire.

Chapitre II

Le système de garantie-assurance des investissements à l'étranger

Outre le système des conventions d'établissement bilatérales, un autre système a été mis sur pied, après la fin de la seconde guerre mondiale, pour la sauvegarde des mouvements de capitaux. Il naquit de l'idée que les vicissitudes auxquelles étaient soumis les capitaux investis à l'étranger pouvaient être considérés comme un risque spécial propre aux placements internationaux. D'où une autre idée : celle de couvrir ce risque par une garantie analogue aux garanties accordées par les compagnies d'assurances pour les risques commerciaux. Il ne pouvait être question cependant pour les compagnies d'assurances de couvrir cette nouvelle catégorie de risques, risques « non-commerciaux ». Aussi est-ce à l'Etat que l'on fit appel. Déjà, entre les deux guerres, des garanties gouvernementales avaient été accordées contre des risques non-commerciaux, mais seulement en matière d'exportations de marchandises. Pouvait-on étendre la même garantie aux exportations de capitaux ? Pendant longtemps, la plupart des Etats se sont montrés réticents et seuls les Etats-Unis, depuis 1948, avaient mis sur pied un système de garantie qui vit le jour dans le cadre du plan Marshall et fut peu à peu développé par des lois successives. Ces lois ont été codifiées dans la section 413 de la Loi sur la Sécurité mutuelle du 26 août 1954 (Mutual Security Act of 1954). Ce n'est que très récemment que l'Allemagne et le Japon ont eux aussi adopté un système d'assurance de cette sorte.

A titre d'exemple, nous étudierons le plus ancien et le plus complet de ces systèmes, c'est-à-dire celui des Etats-Unis. Nous rechercherons d'abord quels sont les bénéficiaires de la garantie ; puis nous examinerons le mode de règlement des différends prévu par le système et la nature juridique de cette garantie. Mais nous réserverons, en conclusion, un paragraphe supplémentaire à l'étude des problèmes posés par l'instauration d'un régime national d'assurances (414).

---

(414) Sur le système américain, voir en particulier Fischer (G.), « La garantie gouvernementale accordée aux investissements privés à l'étranger », *Revue juridique et politique de l'Outre-mer*, 1955, pp. 495 à 548.

§ 1 : *Les bénéficiaires de la garantie*

Dans le système américain, sont admis à bénéficier de la garantie les citoyens des Etats-Unis ou les sociétés et associations de droit américain dont la direction et les capitaux sont en majorité aux mains de ressortissants américains. Ainsi en décide la Section 413 (b) de la loi sur la Sécurité mutuelle de 1954 (415), modifiée en 1956 (416) :

> « Any corporation, partnership or other association created under the law of the United States or of any State or Territory and substantially beneficially owned by citizens of the United States. »

La règle générale est donc qu'une société de droit américain se verra accorder le bénéfice de la garantie si plus de 50 % de ses actions de toutes catégories appartiennent à des ressortissants américains. C'est le « Manuel » sur la garantie des investissements, publié par l'International Cooperation Administration, laquelle dirige ces opérations, qui précise que, en principe, une société constituée selon le droit des Etats-Unis sera considérée comme ayant vocation au bénéfice de la garantie si plus de la moitié de ses actions sont la propriété de citoyens américains. Mais une société constituée selon le droit d'un Etat étranger, précise le Manuel, n'aurait pas droit à la garantie, même si des citoyens américains y possédaient un intérêt substantiel (417). Il faut donc noter ici la prise en considération de l'allégeance juridique de la société.

Sont également admises à bénéficier de la garantie les sociétés américaines ayant effectué des investissements dans une entreprise étrangère, même si, au sein de cette entreprise, elles n'occupent qu'une position minoritaire.

En revanche, sont exclues du bénéfice de la garantie les sociétés fortement endettées dont les créances appartiennent à des ressortissants ou sociétés étrangères.

§ 2 : *Règlement des différends*

Le mode de règlement des différends est prévu par des accords bilatéraux de garantie. L'assurance n'est accordée que dans les pays avec lesquels les Etats-Unis ont signé des accords bilatéraux. Ces pays comprennent une grande partie des pays sous-développés, ainsi que des Etats déjà industrialisés : l'Autriche, la Belgique, le

---

(415) Public law 665, 83rd Congress, 2nd Session, c. 937 (68 Stat 832) du 26 août 1954 (Mutual Security Act of 1954).

(416) Public law 726, 84th Congress, 2nd Session, c. 627 (70 Stat 555), du 18 juillet 1956 (Mutual Security Act of 1956).

(417) V. International Cooperation Administration, Investment Guaranty Handbook, Washington, Septembre 1957.

Danemark, la France, la République fédérale d'Allemagne, les Pays-Bas, la Norvège, la Grande-Bretagne (418). Quelle est la procédure prévue, dans le cadre de ces accords, pour régler les différends ?

L'accord bilatéral de garantie conclu avec la France prévoit que toute réclamation contre l'Etat français à laquelle les Etats-Unis pourraient être subrogés à la suite de paiements effectués par eux au titre de la garantie sera soumise à l'instance arbitrale prévue à l'article X de l'accord de coopération économique. Cette instance arbitrale est la Cour internationale de Justice ou un tribunal arbitral choisi après accord entre les Parties. Clause extrêmement importante : dans le cadre de ces accords, l'instance arbitrale pourra être saisie, même si le ressortissant ou la société américaine lésés n'ont pas préalablement épuisé les voies de recours internes mises à leur disposition par la France.

L'accord conclu avec l'Espagne, en revanche, bien que prévoyant la même procédure d'arbitrage, ne contient pas la clause de non-épuisement des recours internes.

Un troisième type de procédure est prévu dans les accords conclus avec Israël et les Philippines. Les clauses de ces accords stipulent que la protection diplomatique des Etats-Unis aura pour résultat la négociation directe entre les deux Etats en cause. Ce n'est que si un accord n'a pu être obtenu que la réclamation sera soumise à un arbitre (arbitre unique) choisi d'un commun accord ou, à défaut, désigné par le Président de la Cour internationale de Justice.

Les pays de l'Amérique latine s'étaient opposés à ce que la protection des Etats-Unis puisse s'exercer avant que le ressortissant lésé ait épuisé les voies de recours internes. Les Etats-Unis, tout en reconnaissant ce principe, bien établi en droit international, refusèrent d'en faire application dans les accords susceptibles d'être signés avec les Etats d'Amérique latine. Cet échange de vues avait eu lieu à la Conférence internationale des Etats américains de Bogota en 1948. On trouve là une des raisons de la réticence de l'Amérique latine. Cependant, comme le fait remarquer M. Fischer, on peut se demander jusqu'à quel point l'acceptation de l'arbitrage obligatoire tel qu'il est prévu dans les accords signés avec l'Espagne, Israël et les Philippines constitue une renonciation à la règle de l'épuisement des recours internes (419). Seul l'accord avec la

---

(418) La presque totalité des pays d'Amérique latine, en revanche, se montre réticente quant à la participation à ce programme de garantie, probablement pour les raisons que nous analyserons plus loin et qui sont : stipulation par ces accords de la renonciation à la règle de l'épuisement préalable des recours internes, subrogation automatique.

(419) Fischer, *loc. cit.*, p. 534.

France contient une renonciation expresse à cette règle. Mais l'attitude de l'Amérique latine peut avoir une autre cause, qui se trouve dans le principe de la subrogation automatique. Cela nous amène à l'étude de la nature juridique et de la portée du système de garantie-assurance.

§ 3 : *Nature juridique et portée du système de garantie-assurance*

De même que les conventions d'établissement étudiées au chapitre précédent, les accords de garantie-assurance sont dans la ligne de l'effort déployé par les Etats-Unis pour assurer à leurs ressortissants ayant investi à l'étranger un traitement conforme au « standard de justice minimum » que doit garantir le droit international. Mais le système d'assurance constitue un moyen plus souple. En effet, il ne vise pas à établir des principes de droit, mais une procédure empirique aisée à mettre en œuvre. Grâce à cette formule, la protection diplomatique peut être exercée simplement et de façon quasi-automatique : le paiement effectué par le gouvernement des Etats-Unis déclenche la procédure de subrogation. Le pays importateur de capital se trouve alors aussitôt en face du gouvernement des Etats-Unis.

La garantie-assurance est donc en elle-même une opération juridique d'une certaine complexité : il faut tout d'abord un engagement de l'Etat garant envers son ressortissant, engagement visant à couvrir celui-ci des pertes qu'il est susceptible de subir à l'étranger à la suite d'un investissement ; il faut ensuite un accord conclu avec le gouvernement du pays importateur de capital, accord qui énumère les droits de l'Etat garant et les obligations de l'Etat importateur à la suite du paiement effectué, au titre de la garantie, par le gouvernement, en l'occurrence, des Etats-Unis. Mais ce système juridique mis sur pied une fois pour toutes, le mécanisme se déclenche ensuite automatiquement.

D'autre part, et ceci est important, la formule de garantie-assurance entraîne l'établissement d'une responsabilité particulière du gouvernement garant à l'égard de ses ressortissants en ce qui concerne l'exercice de la protection diplomatique et le dédommagement des pertes éventuellement subies. Grâce à ce mécanisme, la société est certaine d'obtenir la protection de son gouvernement. Les Etats-Unis n'ont pas reculé devant ces conséquences, car ils estiment que la perspective d'un arbitrage aura pour effet de détourner les pays signataires des accords de garantie de toute politique d'expropriation contraire aux principes du droit international.

Les Etats-Unis ont été longtemps le seul pays à avoir adopté ce système. Le Japon et l'Allemagne se sont joints à eux, mais nombre de pays, dont la France, restent opposés au système de garantie-assurance. Il s'agit pourtant là d'un mécanisme efficace de

nature à favoriser sensiblement le flux des capitaux privés. Les problèmes qu'il pose justifient-ils que la plupart des gouvernements refusent encore de l'adopter ?

§ 4 : *Le problème de l'instauration d'un système d'assurance des investissements à l'étranger*

Si l'on prend comme exemple l'attitude de la France, on constate une indifférence assez totale du Ministère des Finances à l'égard de l'éventuelle instauration d'un système national d'assurance au profit des investisseurs privés à l'étranger. Au contraire, le Conseil économique et social s'est prononcé formellement, le 14 juin 1962, en faveur de cette initiative. D'autre part, et ceci est important à noter, les pays de l'O.A.M.C.E. (Organisation africaine et malgache de Coopération économique) eux-mêmes sont favorables à l'institution d'une garantie couvrant les risques non-commerciaux courus par les capitaux qui s'investissent chez eux. C'est au cours de sa réunion de Tananarive, au mois de septembre 1961, que l'O.A.M.C.E. a pris une résolution stipulant « la nécessité de créer au niveau de l'association (avec la C.E.E.) un fonds de garantie aux investissements privés dans les Etats associés, fonds au financement duquel ces derniers décideraient de participer » (420).

Si le système était adopté par la France, on observerait donc une totale adhésion des Etats intéressés. En outre, ces Etats accepteraient de participer eux-mêmes au fonds d'assurance, ce qui créerait une solidarité incontestablement féconde entre les Etats d'investissement et un mutuel encouragement au respect des conventions.

D'après M. Bonnefous (421), l'attitude de la France, et probablement de la plupart des Etats qui refusent encore le système, serait justifiée par deux raisons. La première consiste dans la crainte

---

(420) Voir à ce sujet les observations de M. Edouard Bonnefous dans son ouvrage *Les Milliards qui s'envolent* (*L'aide française aux pays sous-développés*) publié chez Fayard en 1963, pp. 225 à 233, et particulièrement p. 229 : « On ne peut donc exciper d'une quelconque réticence des Etats intéressés eux-mêmes pour justifier l'immobilisme des pouvoirs publics français dans ce domaine. Sans doute, dira-t-on, la résolution de l'O.A.M.C.E. situe-t-elle la solution du problème à l'échelon de la C.E.E. et non pas à celui de la France. D'une part, politiquement, il ne pouvait guère en être autrement vis-à-vis de l'ancienne puissance souveraine. D'autre part, les autorités de la Communauté économique européenne insistent sur la nécessité préalable de mettre sur le même pied les six partenaires de l'Europe en matière de garantie des investissements, avant d'opérer une harmonisation de leurs systèmes respectifs d'assurance. L'Allemagne fédérale, seule, s'est avancée dans cette voie, et la France, en particulier, n'a rien fait. Il est vrai que les Allemands ne tiennent pas à partager avec leurs partenaires les chances que leur donne leur système national de garantie. »

(421) *Op. cit.*, p. 230.

qu'un fonds d'assurance des investissements n'ajoute une charge supplémentaire à toutes celles que la France a déjà accepté d'assumer. La seconde, plus générale, s'appuie sur le fait qu'une telle assurance pourrait constituer une incitation à la spoliation pour les Etats d'investissement. M. Bonnefous démontre très simplement le mal-fondé de ces deux arguments. En ce qui concerne le premier, « il ne s'agit pas, écrit-il, d'ajouter une charge publique française en matière d'aide financière au développement. Il est bien plus probable que l'accroissement du flux des capitaux privés permettrait de diminuer sensiblement les subventions budgétaires et les investissements publics » (422). Pour réfuter le second, l'auteur fait remarquer : « ...dans tout système d'assurance, l'assureur appelé à régler le montant d'un sinistre est substitué dans les droits de l'assuré vis-à-vis de l'auteur responsable du sinistre. Si l'assureur en l'occurrence est un Etat du monde industrialisé, l'Etat spoliateur hésitera bien davantage que s'il était certain de se trouver devant les seules réclamations d'un particulier » (423). Observation tout à fait judicieuse, qui rejoint d'ailleurs les raisons qui ont inspiré les Etats-Unis, et à laquelle on ne peut que souscrire.

Peut-être, en fin de compte, les réticences ont-elles leurs raisons d'être dans la force de la tradition et les craintes devant un système très nouveau. Nul doute qu'avec les années le système déjà mis au point par les Etats-Unis et récemment adopté par le Japon et l'Allemagne fédérale ne se généralise. D'autre part, des études et des projets sont en cours pour organiser la garantie des investissements privés sur un plan *international*. En février 1958, la Ligue européenne de Coopération économique, dont le Secrétariat international se trouve à Bruxelles et qui compte des comités nationaux dans la plupart des pays de l'Europe occidentale, a publié une série de propositions dans une brochure intitulée « La défense en commun des investissements privés internationaux » (424). L'une de ces propositions préconise la création d'un Office européen de Garantie. De son côté, la Commission économique de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, dans son rapport présenté par M. P. Le Hodey le 8 septembre 1959 et intitulé « Rapport sur un Statut des investissements et un Fonds de Garantie contre les risques politiques » (425), recommandait l'institution d'un « Fonds international de garantie des investissements privés étrangers contre les risques politiques ».

---

(422) *Ibid.*, p. 230.

(423) *Ibid.*, p. 230.

(424) Ligue européenne de Coopération économique, *Publication* n° 25, février 1958.

(425) Conseil de l'Europe, Assemblée Consultative, *Document* n° 1027 du 8 septembre 1959.

Mais il ne s'agit là cependant que de simples propositions dont l'application et la mise en œuvre éventuelles demanderont encore une longue gestation. Il y a pourtant plus de dix ans qu'une charte internationale de traitement équitable des investissements étrangers est demandée par l'Institut international d'Etudes bancaires, par le Président de la Deutsche Bank, M. Abs, par la Chambre de Commerce de Paris et par divers autres organismes. Le projet d'une institution internationale d'assurance, qui doit préexister, cela va de soi, à tout système multilatéral, a été étudié par un groupe de banquiers, sous la présidence de Lord Shawcross. Mais là encore il reste beaucoup à faire.

Chapitre III

Les conventions d'indemnisation

Contrairement aux conventions d'établissement et aux systèmes de garantie-assurance, les conventions d'indemnisation ne représentent pas une pratique entièrement nouvelle. On en observe, en effet, les premières manifestations dès la fin de la première guerre mondiale avec certaines dispositions des Traités de paix de 1919. D'autres conventions d'indemnisation bilatérales furent signées entre les deux guerres et la pratique qui est apparue après 1945 n'a fait que suivre une voie déjà tracée, ce qui ne l'empêche pas de présenter, comme nous le verrons, des caractères originaux par rapport à la précédente.

Section I

Les traités antérieurs à la seconde guerre mondiale

La caractéristique générale des dispositions de ces traités est de réserver la protection aux actionnaires *ut singuli* et non aux sociétés comme telles. Si certaines dispositions des Traités de paix de 1919 ont pu être considérées comme permettant une protection des sociétés, c'est, comme nous le verrons, en raison d'une erreur d'interprétation des Tribunaux arbitraux mixtes institués en vertu de ces Traités.

Successivement nous étudierons les Traités de paix, puis les conventions bilatérales diverses signées entre 1919 et 1939.

§ 1 : *Les Traités de paix*

Nous groupons dans cette catégorie les Traités de Versailles, Saint-Germain, Neuilly, Trianon, et les Traités de 1921-1922 signés entre les Etats-Unis et les Puissances d'Europe centrale. Après en avoir étudié les dispositions, nous analyserons l'application jurisprudentielle qui en a été faite.

A. dispositions des traités de paix.

1° *Les Traités de 1919* : le texte le plus important est celui de la Partie X (clauses économiques), Section IV (Biens, droits et intérêts), article 297, lettre *e*, du Traité de Versailles, dont les termes sont les suivants :

« Les ressortissants des Puissances alliées ou associées auront droit à une indemnité pour les dommages ou les préjudices causés à leurs biens, droits et intérêts, y compris les sociétés ou associations dans lesquelles ils étaient intéressés sur le territoire allemand tel qu'il existait au 1er août 1914, par l'application tant des mesures exceptionnelles de guerre que des mesures de disposition qui font l'objet des paragraphes 1 et 3 de l'Annexe ci-jointe. »

Notons tout de suite que c'est ce libellé ambigu qui a induit en erreur les tribunaux arbitraux mixtes. On peut, en effet, penser que c'est la société comme telle, et non l'actionnaire, qui a droit à l'indemnisation. Comme le fait remarquer M. Vignes (426), le texte aurait été plus clair si l'on avait inséré, après les mots « y compris », les mots « ceux dans » ou « ceux qui se trouvent dans ». On aurait ainsi indemnisé « ...les biens, droits et intérêts, y compris ceux qui se trouvent dans les sociétés ou associations... » Le style aurait été un peu lourd, mais la phrase n'aurait pas prêté à confusion.

Des dispositions semblables se trouvent dans les autres Traités de paix signés à la même date : Traité de Saint-Germain, article 249, lettre *E ;* Traité de Neuilly, article 177, lettre *E ;* Traité de Trianon, article 232, lettre *c.*

2° *Les Traités de 1921-1922 signés entre les Etats-Unis et les Puissances d'Europe centrale :* l'origine des dispositions de ces Traités qui se rapportent à notre sujet remonte à la résolution de paix séparée avec l'Allemagne et l'Autriche-Hongrie connue sous le nom de « Résolution Knox-Porter », adoptée les 30 juin et 1er juillet 1921 par le Congrès américain et signée le 2 juillet par le Président Harding. Cette résolution posait le principe de la prise en charge par les Etats-Unis des réclamations adressées aux gouvernements allemand, autrichien et hongrois par les ressortissants américains ayant subi des pertes, dommages ou atteintes dans leurs biens « directement ou indirectement, du fait qu'ils étaient propriétaires de valeurs émises par des sociétés allemandes, austro-hongroises, américaines ou autres ».

A la suite de cette résolution et de la signature d'un traité de paix le 25 août 1921 (427), un accord fut conclu le 10 août 1922 entre les Etats-Unis et l'Allemagne relatif à la fixation des sommes à allouer à raison des réclamations formées contre l'Allemagne. Son article premier était ainsi conçu :

« La Commission devra statuer sur les catégories suivantes de réclamations définies plus particulièrement dans le traité du 25 août et dans le traité de Versailles :

---

(426) *Loc. cit.*, p. 233.

(427) Reconnaissant aux Etats-Unis le bénéfice de la plupart des dispositions du Traité de Versailles, en particulier de son article 297 e.

» 1° — les réclamations des citoyens américains depuis le 31 juillet 1914 concernant les dommages ou saisies affectant leurs biens, droits et intérêts, y compris les sociétés ou associations dans lesquelles ils sont intéressés, sur le territoire allemand tel qu'il existait au 1er août 1914 ;

» 2° — les autres réclamations pour les pertes et dommages subis par les Etats-Unis ou leurs nationaux en conséquence de la guerre, du fait d'atteintes aux personnes ou aux biens, droits et intérêts, y compris les sociétés ou associations dans lesquelles les nationaux américains sont intéressés depuis le 31 juillet 1914... »

L'article premier du traité de paix entre les Etats-Unis et l'Allemagne, signé à Berlin le 25 août 1921, avait posé le principe suivant lequel « l'Allemagne s'engageait à accorder aux Etats-Unis... la possession et la jouissance de tous les droits, privilèges, répations ou avantages stipulés dans la résolution commune du Congrès des Etats-Unis du 2 juillet 1921 ».

Le 24 novembre 1924, un accord identique à celui signé le 10 août 1922 avec l'Allemagne était signé par les Etats-Unis avec l'Autriche.

B. APPLICATION JURISPRUDENTIELLE DES DISPOSITIONS PRÉCÉDENTES.

Nous étudierons d'abord la jurisprudence des Tribunaux arbitraux mixtes institués en vertu des traités de paix de 1919, puis la jurisprudence de la Commission mixte de réclamations germano-américaine.

1° *Jurisprudence des Tribunaux arbitraux mixtes institués en vertu des Traités de paix de 1919 :* Comme nous l'avons vu tout à l'heure, l'application jurisprudentielle des dispositions de ces traités était particulièrement délicate du fait de la terminologie employée et de l'ambiguité du texte. D'autre part, la question du droit des actionnaires à l'indemnisation fut obscurcie par le fait que la société comme telle avait pu être mise sous séquestre par application de la théorie du contrôle. Fallait-il alors protéger la société parce que le fait qu'elle était contrôlée par des ennemis l'avait fait mettre sous séquestre, ou l'actionnaire qui, en définitive, supportait la perte ? L'intention des rédacteurs des Traités, en tous cas, était certainement d'éviter que le gouvernement allemand puisse échapper à l'obligation d'indemniser les Puissances alliées en alléguant que les intérêts alliés n'avaient été affectés que par l'intermédiaire d'une société allemande. Mais les Tribunaux arbitraux mixtes semblent n'avoir pas exactement compris la signification d'un texte trop elliptique et, la plupart du temps, ont interprété ce texte comme s'il signifiait que la réclamation présentée était une réclamation de la société comme telle, société

dont la nationalité était déterminée par la nationalité de la majorité des actionnaires ou de ceux qui contrôlaient la société.

C'est en ce sens que se sont prononcé les T.A.M. franco-allemand, anglo-allemand, germano-belge, franco-bulgare, anglo-bulgare... Parmi les décisions, citons les plus importantes : celle du T.A.M. franco-allemand du 31 août 1921 dans l'affaire « Société du chemin de fer de Damas-Hamah c. Compagnie du chemin de fer de Bagdad » (428) ; la décision du T.A.M. franco-bulgare du 12 novembre 1923 dans l'affaire « Régie des chemins de fer et travaux publics et Compagnie des chemins de fer Jonction Salonique-Constantinople » (429) ; une autre décision du même T.A.M. dans l'affaire « Compagnie sucrière de Bulgarie c. Etat bulgare » (430) ; enfin la décision du T.A.M. franco-allemand dans l'affaire « Société anonyme des Charbonnages Frédéric-Henri c. Etat allemand » (431).

Quelques décisions dissidentes peuvent être citées, mais elles sont plus rares. Mervyn Jones rapporte la décision du T.A.M. anglo-allemand du 24 février 1922 dans l'affaire Weiss Biheller and Brooks Ltd c. Etat allemand (432) comme donnant une interprétation correcte de l'article 297 *e* du Traité de Versailles. Le passage principal de cette décision est conçu dans les termes suivants :

> « Il semble qu'en visant spécialement les sociétés ou associations dans lesquelles des nationaux des principales Puissances alliées étaient intéressés l'article 297, lettre e, ait eu pour objet de garantir l'indemnisation des dommages causés ou des atteintes portées aux biens, droits et intérêts qui étaient réputés appartenir à des entités juridiques, techniquement allemandes, en dépit du fait que, en tant qu'actionnaires, obligataires ou à un autre titre, les ressortissants des Puissances alliées possédaient des intérêts dans lesdites sociétés ou associations... L'intention du Traité est d'accorder à un ressortissant d'une puissance alliée ou associée quelconque une indemnisation pour tous les droits et intérêts qu'il peut posséder dans les entités juridiques ayant la nationalité allemande. »

Ce précédent est signalé par Mervyn Jones comme étant une « décision isolée ». Charles de Visscher (433) et le Professeur Rousseau (434) lui ajoutent une décision rendue le 18 janvier 1926 par le T.A.M. germano-roumain (435), qui s'exprime comme suit :

---

(428) *Rec. T.A.M.*, vol. I, p. 401 et *Clunet* 1923, p. 595.
(429) *Rec. T.A.M.*, vol. III, p. 1954.
(430) *Ibid.*, vol. V, p. 849.
(431) *Ibid.*, vol. I, p. 422, et *Clunet*, 1923, p. 600.
(432) *Ibid.*, vol. I, pp. 850-853 ; v. Mervyn Jones, loc. cit., p. 252.
(433) « De la protection diplomatique des actionnaires... », *précit.*, p. 635.
(434) « La protection diplomatique », *précit.*, p. 140.
(435) *Rec. T.A.M.*, vol. VI, p. 722.

« Il était tout naturel, pour les rédacteurs du Traité, de chercher à sauvegarder les droits des actionnaires alliés, *ut singuli*. Pour cela, il fallait, non pas assimiler certaines sociétés allemandes aux ressortissants alliés, mais comprendre parmi les biens alliés sur territoire allemand, les intérêts que des actionnaires alliés possédaient dans les sociétés sises en Allemagne. »

A ces deux décisions on peut ajouter les affaires « Ditta Fratelli, Giulini c. Stato germanico » (436), « Goldenbaum c. Etat allemand » (437), « Huta Bankowa c. Etat allemand » (438).

2° *Jurisprudence de la Commission mixte de réclamations germano-américaine :* Le texte essentiel en est la décision administrative n° VII du 25 mai 1925 (439) appelée parfois décision du « Vinland », nom d'un navire norvégien affrété par une compagnie américaine et coulé par l'Allemagne le 5 juin 1918. Il s'agit là d'une véritable décision de principe. La Commission déclare que les citoyens américains lésés en tant qu'actionnaires dans des sociétés étrangères sont protégés « dans la mesure de leurs intérêts » et que, « ainsi interprétée, ladite clause est en harmonie avec la politique suivie par le Gouvernement américain et qui consiste à aller derrière les formes jusqu'au fond des choses pour découvrir et protéger les intérêts des ressortissants américains ; elle n'a pas eu pour effet d'élargir les termes du traité de Versailles ; elle n'est que la déclaration d'un principe que les Etats-Unis auraient invoqué dans l'interprétation de ce traité en l'absence de toute clause expresse semblable ». La même Commission a encore appliqué ce principe dans une décision en date du 21 avril 1926 à propos des affaires « Standard Oil C°, Sun Oil C° et Pierce Oil Corporation c. Etat allemand » (440). L'intervention du gouvernement américain y est analysée comme l'endossement des réclamations individuelles présentées par les ressortissants américains ayant subi des dommages « en tant que propriétaires d'actions dans des sociétés étrangères, bien que les réclamations des compagnies étrangères ne puissent être présentées comme telles devant la Commission ».

§ 2 : *Conventions diverses signées entre 1919 et 1939*

Ces conventions, à l'image de ce qu'avait prévu la convention germano-américaine, réservent la protection aux actionnaires *ut singuli* sans modifier les règles traditionnelles de détermination de

(436) *Ibid.*, vol. IV, p. 507.

(437) *Ibid.*, vol. IV, p. 824.

(438) *Ibid.*, vol. IV, p. 325.

(439) O.N.U., *Rec. sent. arb.*, vol. VII, pp. 203-252 et Witenberg, *Jurisprudence de la Commission, précit.*, vol. II, pp. 109-147.

(440) O.N.U., *Rec. cit.*, p. 239 et Witenberg, *op. cit.*, p. 127

la nationalité des sociétés. En cela, elles diffèrent des conventions signées après 1945 — au moins de certaines d'entre elles.

Il faut citer surtout les conventions conclues par le Mexique avec un certain nombre d'autres Etats. Elles furent signées pour régler les effets internationaux de la révolution mexicaine et sont au nombre de six : avec les Etats-Unis (8 et 10 septembre 1923, 16 août 1927) (441) ; avec la France (25 septembre 1924) ; avec l'Allemagne (16 mars 1926) ; avec l'Espagne (25 novembre 1925) ; avec la Grande-Bretagne (19 novembre 1926) ; avec l'Italie (13 janvier 1927).

Ces conventions ont été signées au bénéfice des étrangers actionnaires de sociétés mexicaines. Mais la Convention passée avec les Etats-Unis emploie une formule différente de celle employée par les conventions passées avec les Etats européens.

L'article premier de la Convention Etats-Unis-Mexique du 8 septembre 1923 et l'article premier de la convention spéciale signée avec les mêmes Etats-Unis le 10 septembre 1923 visent...

> « ...toutes les réclamations pour pertes ou dommages soufferts par les citoyens de chaque pays en raison de pertes ou dommages soufferts par toutes sociétés, compagnies, associations ou groupements d'intérêts dans lesquels ces citoyens ont ou ont eu un intérêt substantiel et de bonne foi, pourvu qu'une attribution au réclamant par la société, compagnie, association ou groupement d'intérêts de sa proportion de perte ou dommage souffert soit présentée par le réclamant à la Commission. »

Les Conventions intervenues entre les Etats européens et le Mexique envisageaient, pour leur part...

> « ...les pertes ou dommages causés aux intérêts de Français (442) ou de protégés français dans des sociétés, compagnies, associations ou autres groupements d'intérêts, pourvu que l'intérêt du lésé dès avant l'époque du dommage ou de la perte soit supérieur à 50 % du capital total de la société ou association dont il fait partie, et qu'en outre ledit lésé présente à la Commission une cession, consentie à son profit, de la proportion qui lui revient dans les droits à indemnité dont peut se prévaloir ladite société ou association. »

Si l'on examine, pour prendre un autre exemple, la jurisprudence de la Commission anglo-mexicaine, on peut vérifier l'application par celle-ci des principes posés par la Convention. La Commission

---

(441) Les Etats-Unis liquidèrent leur contentieux avec le Mexique pour les actes autres que ceux nés de la Révolution par une Convention du 8 septembre 1923 qui prévoit le même mode d'indemnisation. Voir aussi un traité Etats-Unis-Panama, analogue, du 18 juillet 1926.

(442) Nous prenons comme exemple l'article 3 de la convention franco-mexicaine du 25 septembre 1924, repris par l'article 3 de la convention supplémentaire du 2 août 1930, qui peut être cité comme la clause-type.

écarte en effet : les réclamations présentées par des demandeurs ne possédant pas la nationalité britannique ; les réclamations émanant d'associés d'une société dissoute antérieurement à la présentation de la demande ; les réclamations provenant de ressortissants britanniques possédant la totalité du capital social, car alors, les réclamants n'étant plus intéressés dans une société « étrangère », ne peuvent présenter que des demandes individuelles ; les réclamations émanant de ressortissants britanniques détenant moins de 50 % du capital social.

Tels sont les principaux aspects de la pratique conventionnelle de l'entre-deux guerres. Nous n'y insisterons pas plus longtemps car cette pratique, outre qu'elle n'apporte rien, comme nous l'avons déjà dit, au droit coutumier de la protection diplomatique des actionnaires, n'apporte rien non plus aux principes qui régissent la protection des sociétés comme telles. La pratique qui se développe depuis 1946 présente un tout autre intérêt. Avec elle, on peut vraiment parler d'une transformation dans les aspects de notre problème. Nous lui consacrerons la section II.

Section II

Les traités postérieurs à la seconde guerre mondiale

Nous trouverons, comme dans la section I, un certain nombre de traités réservant la protection aux actionnaires *ut singuli* : l'Etat se voit reconnaître le droit d'endosser la réclamation de ses ressortissants lésés dans leurs droits d'associés d'une société étrangère. Leur indemnisation, proportionnelle à la part qu'ils possédaient dans le capital social, décharge l'Etat responsable. Mais nous trouverons aussi quelques traités réservant à la société elle-même le bénéfice de la protection.

§ 1 : *Traités réservant la protection aux actionnaires*

Nous examinerons successivement les traités de paix signés après la guerre, puis les conventions diverses.

A. traités de paix signés après la guerre de 1939-1945.

1° *Dispositions de ces traités :* elles sont un peu analogues aux dispositions des traités de paix de 1919. La disposition-type est celle du traité signé avec l'Italie le 10 février 1947 et dont l'article 78, § 4, lettre *b*, est ainsi conçu :

> « Les ressortissants des Nations-Unies qui détiennent directement ou indirectement des parts d'intérêts dans les sociétés ou associations qui ne possèdent pas la nationalité des Nations-Unies au sens du paragraphe 9, lettre a, du présent article, mais qui ont subi une perte par suite d'atteintes ou de dommages causés

à leurs biens en Italie recevront une indemnité conformément à l'alinéa (a) ci-dessus. Cette indemnité sera calculée en fonction de la perte ou du dommage total subi par la société ou l'association, et son montant par rapport au total de la perte ou du dommage subi aura la même proportion que la part d'intérêt détenue par lesdits ressortissants par rapport au capital global de la société ou association en question. »

La même disposition se retrouve dans les traités de paix signés le même jour avec la Bulgarie (art. 23, § 4, lettre *b)*, avec la Finlande (art. 25, § 4, lettre *b)*, avec la Hongrie (art. 26, § 4, lettre *b)*, avec la Roumanie (art. 24, § 4, lettre *b)*. On la retrouve encore dans le traité portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique le 15 mai 1955, § 4, lettre *a*.

Le traité de paix japonais (443) se présente de manière un peu différente ; le droit des alliés à indemnisation est reconnu ; mais chaque allié doit, à cette fin, entrer en négociation avec le Japon ; et, de toute manière, chaque allié peut « disposer de la propriété, des droits et intérêts... appartenant ou contrôlés par des Japonais ou par le Japon » qui sont sur son territoire.

3° *Application jurisprudentielle de ces dispositions :* comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, ces dispositions peuvent s'appliquer aux sociétés dans le cas où la société a été spoliée parce que contrôlée par des ennemis. Dans ce cas, en effet, c'est parce qu'elle était sous contrôle étranger que la société a subi un dommage et l'indemnisation des actionnaires peut présenter des difficultés. Il est plus simple, et plus équitable, d'annuler la mesure spoliatrice. Cette annulation est permise par certaines dispositions des Traités de paix, en particulier par le § 9, lettre (*b*), alinéa 2 du même article 78 du Traité de paix italien, qui permet d'assimiler aux « ressortissants des Nations-Unies » toutes les sociétés ou associations qui, aux termes de la législation de guerre d'un Etat, ont été traitées comme ennemies (444). Mais il s'agit là d'un cas exceptionnel. La règle générale prévue par le § 4, lettre (*b*), s'applique aux actionnaires et non aux sociétés. La prise en considération des sociétés aurait dû rester limitée à l'hypothèse de la spoliation. Pourtant, la jurisprudence de la Commission de conciliation franco-italienne a progressivement admis qu'il était possible d'étendre le bénéfice des dispositions de l'article 78, § 9, lettre (*b*), alinéa 2, à des sociétés ayant subi d'autres dommages que des mesures de spoliation. Ainsi la Commission finit-elle par indemniser non plus seulement les ressortissants alliés de sociétés italiennes, mais toute société italienne qui, pendant sa mise sous séquestre, avait subi

(443) Signé le 8 septembre 1951.

(444) V. l'application de ces dispositions dans l'affaire « Tessitura Serica Piemontese », dont nous parlerons plus loin.

des dommages. Cette jurisprudence était favorable aux actionnaires italiens de ces sociétés, qui n'auraient évidemment pas été indemnisés si la société avait été entièrement italienne. C'est pourquoi les agents italiens cherchèrent à s'opposer à son adoption.

La première affaire est celle de la « Società Mineraria e Metallurgica di Pertulosa ». Cette société était une filiale à 97,5 % de la Compagnie française de Penarroya. Elle demandait une indemnité pour compenser des pertes dues à des bombardements et à des pillages. La société Penarroya faisait la même demande. Devant la Commission, l'agent italien déclara que cette assimilation à un « ressortissant des Nations-Unies » ne pouvait être faite qu'à propos de dommages consécutifs à la mesure de séquestre, mais non à propos de ceux consécutifs à des bombardements ou pillages. En revanche, l'agent français prétendait que l'article 78, § 4, constituait une mesure de réparation due par l'Italie à tous ressortissants des Nations-Unies ou assimilés, donc à la société Pertulosa. En fin de compte, on accorda à la société une indemnité mesurée par la proportion de la participation française (445).

La seconde décision, décision « Sachi-Lory », reconnut à la filiale un droit à indemnité. Mais cette solution est plus justifiée, car la filiale était, semble-t-il, contrôlée à 100 % par des Français (446).

Dans l'affaire « Società anonima italiana profumeria Oreal », la Commission accorda à la filiale italienne, dont 80 % du capital était français et 20 % italien, 40 millions de lires. Mais la décision ne précisait pas si l'indemnité était calculée sur 100 % ou sur 80 % du chiffre retenu pour l'indemnisation (447).

Enfin, dans la décision « Società generale dei Metalli preciosi », société filiale à 75 % du Comptoir Lyon-Alemand, société française, l'indemnisation fut calculée non pas d'après les seuls intérêts français, mais en fonction de tous les actionnaires (448).

B. CONVENTIONS DIVERSES.

1° *Conventions signées par la France avec d'autres pays à la suite des nationalisations de 1945-1946 :*

Ces conventions prévoyaient l'indemnisation des actionnaires étrangers des sociétés nationalisées. La convention franco-suisse du 20 décembre 1949, par exemple, relative aux modalités d'indemni-

---

(445) Décision n° 47 du 11 mai 1950, *Rec.* II, p. 23 ; v. aussi les remarques de VIGNES (D.), *loc. cit.*, p. 237.

(446) Décision n° 119 du 31 décembre 1951, *Rec.*, vol. III, p. 177.

(447) Décision n° 124 du 4 mars 1952, *Rec.*, vol. IV, p. 24.

(448) Décision n° 167 du 9 mars 1954, *Rec.*, vol. V, p. 5.

sation des intérêts suisses en France dans les entreprises d'électricité et de gaz nationalisées, s'exprime comme suit :

Article premier : « Le gouvernement français se déclare disposé à accorder aux porteurs suisses d'actions et de parts d'entreprises nationalisées... qui en feront la demande, le mode d'indemnisation défini aux annexes. »

Art. 2 : « Le gouvernement français reconnaît à la Suisse, en matière d'indemnisation des propriétaires de nationalité suisse, le traitement de la nation la plus favorisée. En particulier, si la France était amenée à accorder à un autre pays, au profit de ses ressortissants, une indemnisation se traduisant par des titres de même nature, par des versements en francs français de sommes d'un montant plus élevé, ou productrices d'un intérêt supérieur, ou se liquidant par un moins grand nombre d'annuités, ou bénéficiant de certaines garanties de transfert, le gouvernement suisse aura la faculté de réclamer, en faveur de ses ressortissants suisses, la substitution au régime prévu à la présente Convention, des modalités d'indemnisation appliquées aux ressortissants de cet autre pays... »

Les actionnaires étaient indemnisés par remise de titres amortissables en cinq années, avec garantie de change et de transfert.

Des Conventions analogues furent signées avec la Grande-Bretagne le 11 avril 1951 et avec la Belgique le 18 février 1949.

2° *Traité Grande-Bretagne-Pologne du 31 octobre 1947* : ce traité prévoit l'indemnisation des actionnaires britanniques des sociétés nationalisées. Il présente cependant un intérêt limité du fait qu'il ne fut jamais appliqué.

3° *Traité signé par la Pologne avec la France le 19 mars 1948* : ce traité prévoit l'indemnisation des « participations minoritaires dans toutes les autres sociétés ou sous un autre contrôle », par quoi il faut entendre, outre les sociétés polonaises sous contrôle étranger autre que français, les sociétés constituées selon le droit d'un Etat tiers.

4° *Traité Etats-Unis-Yougoslavie du 17 juillet 1948* : d'après les clauses de ce traité, sont protégés même les droits et intérêts appartenant *indirectement* à des personnes physiques ou juridiques américaines par l'intermédiaire de personnes juridiques ne présentant pas le caractère américain.

5° *Accord Belgique-Tchécoslovaquie du 30 septembre 1952* : cet accord prévoit également l'indemnisation des intérêts indirects, c'est-à-dire des intérêts détenus par l'intermédiaire d'une société étrangère. Dans ce cas, dit encore le traité, le gouvernement belge doit faire en sorte que cette société étrangère ne fasse pas valoir ses droits à une indemnité lorsqu'il s'agit de biens couverts par l'accord.

6° *Protocole polono-danois du 12 mai 1949* : ce protocole prévoit expressément l'indemnisation des participations danoises dans des entreprises dont le siège est à l'étranger. Ces entreprises, qui ne sont pas protégées comme telles, doivent cependant appartenir pour 90 % à des ressortissants des Nations-Unies.

Tels sont les principaux aspects de la pratique conventionnelle en matière d'indemnisation des actionnaires depuis 1945. Mais d'autres traités organisent la protection, cette fois non plus des actionnaires, mais de la société comme telle.

§ 2 : *Dispositions en faveur des sociétés*

C'est à propos de ces traités qu'il sera intéressant de voir la manière dont est déterminé le caractère national de la société. Certains traités s'en tiennent aux critères traditionnels du siège social ou de l'enregistrement. D'autres cumulent ces critères avec celui de l'intérêt substantiel. D'autres enfin font totalement abstraction des critères classiques pour ne tenir compte que de l'allégeance politique. Nous étudierons successivement ces trois sortes de traités. Auparavant toutefois nous dirons quelques mots des dispositions des traités de paix de 1947 qui s'appliquent aux sociétés comme telles.

A. TRAITÉS DE PAIX :

Comme nous l'avons vu, l'article 78, § 9, lettre *B*, alinéa 2, du Traité de paix italien, ainsi que des dispositions identiques des autres Traités de paix, permettent de comprendre dans l'expression « Ressortissants des Nations-Unies » toutes les sociétés ou associations qui, aux termes de la législation de guerre d'un Etat, ont été traitées comme ennemies. Il est donc possible d'annuler la mesure spoliatrice ayant frappé une société. La Commission de conciliation franco-italienne a mis en œuvre ce principe plusieurs fois, en particulier dans la décision « Tessitura serica piemontese » (449). Elle a annulé la vente forcée des biens d'une société italienne à majorité française, vente forcée qui avait eu lieu à la suite de sa mise sous séquestre. Auparavant, la Commission avait déclaré irrecevable la demande des associés français de cette société tendant à faire prononcer la nullité (450).

Il faut citer également l'exemple de la Convention de Bonn du 24 mai 1952, dont la disposition relative au règlement des questions issues de la guerre et de l'occupation rend recevables « ...les sociétés constituées selon le droit allemand dans lesquelles des ressortissants des Nations-Unies possèdent des participations » à de-

(449) *Recueil des décisions*, t. III, p. 5, décision n° 82, et p. 181, décision n° 120.

(450) *Rec.*, vol. I, p. 57, décision n° 17, décision « Petits-fils de C. J. Bonnet ».

mander la « restauration de leurs droits et intérêts sur le territoire fédéral, dans la mesure où ces biens, droits et intérêts ont subi un traitement discriminatoire ».

B. CONVENTIONS RESTANT ATTACHÉES AUX CRITÈRES TRADITIONNELS DE DÉTERMINATION DE LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS.

1° *Accord Grande-Bretagne-Yougoslavie du 23 décembre 1948 :* cet accord fait abstraction de toute exigence minimale quant à la participation anglaise dans les sociétés susceptibles d'indemnisation. Le terme de « British nationals » est défini comme désignant toutes...

> « ...companies, firms and associations incorporated or constituted under the law in force in the territory of the United Kingdom... » (451).

Les accords conclus par la Grande-Bretagne avec la Tchécoslovaquie, la Pologne, la Bulgarie, contiennent tous une disposition analogue.

2° *Accords conclus par la France avec les pays de l'Est :* à l'image des précédents, ces accords définissent comme sociétés françaises les sociétés constituées en France et considérées comme françaises par les lois françaises. Les accords signés avec la Pologne le 13 mars 1948 et avec la Yougoslavie le 14 avril 1951 se fondent sur le lieu de constitution de la société et s'appliquent sans distinction à toutes les sociétés de droit français. Seuls les accords avec la Tchécoslovaquie et la Hongrie emploient un langage plus ambigu en parlant des « personnes morales de nationalité française ». Il semble cependant que cette formule, qui ne contient aucune précision sur une quelconque participation française minimale, se réfère implicitement aux critères traditionnels (452).

Ces conventions, remarquons-le tout de suite, sont les moins nombreuses. La rubrique suivante sera plus fournie.

C. CONVENTIONS CUMULANT LES CRITÈRES TRADITIONNELS ET LA NOTION D'INTÉRÊT SUBSTANTIEL.

1° *Accord du 30 septembre 1952 signé entre la Belgique et la Tchécoslovaquie :* le protocole annexé à cet accord donne des personnes morales belges la définition suivante : personnes morales ayant leur siège social en Belgique, dont la proportion du capital en mains belges est d'au moins 45 % ; la composition des organes de la société et l'importance des créances étrangères sont également prises en considération.

---

(451) Cit. par BINDSCHEDLER, « La protection de la propriété privée en droit international public », *Recueil des Cours*, 1956, t. II, p. 234.
(452) Cf. BINDSCHEDLER, *loc. cit.*, p. 234.

2° *Accord Suède-Hongrie du 31 mai 1951 :* cet accord cumule le critère de l'intérêt prépondérant (plus de 50 % du capital en mains suédoises) avec celui du siège social (453).

3° *Accords conclus par la Suisse :* ils appliquent tous le critère de l'intérêt prépondérant (454). Il peut simplement y avoir variation dans la définition de cet intérêt. Le protocole n° 1 conclu avec la Tchécoslovaquie le 18 décembre 1946 déclare qu'il y a intérêt suisse prépondérant quand plus de 50 % du capital est en mains suisses (455). La Convention franco-suisse du 21 novembre 1949 précise qu'il y a intérêt suisse prépondérant dans une société quand plus de 50 % de son capital appartient à des personnes physiques ou morales suisses et qu'il n'existe aucune créance non commerciale sur cette société. Dans le cas où il existerait des créances non commerciales, plus de 50 % de l'ensemble du capital et de ces créances doit être détenu par des personnes physiques ou morales suisses (456). Des accords postérieurs parlent d'intérêt suisse prépondérant, mais sans en donner de définition. Pour la conception suisse de la notion d'intérêt prépondérant, conception valable aussi bien pour la pratique conventionnelle que pour la pratique diplomatique générale relative à la protection diplomatique des sociétés, il faut, semble-t-il, se reporter au message du Conseil fédéral suisse du 29 octobre 1948 concernant l'accord sur les nationalisations conclu avec la Yougoslavie, que nous avons déjà cité en première partie et que nous rappelons :

> « Dans la plupart des cas l'intérêt suisse prépondérant sera démontré quand la majorité effective du capital se trouve en mains suisses. S'il n'y a pas de majorité, il y a lieu de s'en tenir à la minorité qui exerce une influence décisive sur la société ; ce fait est particulièrement facile à constater quand une minorité compacte se trouve en présence d'une majorité dispersée. La composition du Conseil d'Administration et de la direction peut être aussi déterminante quand c'est à eux qu'il appartient de former la volonté de la personne morale et de décider pour elle. Enfin, dans certains cas, on ne doit pas négliger non plus les créanciers, car eux aussi peuvent exercer une certaine influence sur l'entreprise. Mais il faut toujours considérer les circonstances réelles et ne pas se fier à des constructions purement juridiques qui peuvent avoir uniquement pour but de dissimuler les faits véritables » (457).

---

(453) Sur ces accords, voir aussi Bindschedler, *loc. cit.*, p. 236.

(454) V. aussi Guggenheim, *Traité de droit international public.*, *précit.*, t. I, p. 321.

(455) Article II, § 2. La même définition est donnée par le Protocole n° II du 18 janvier 1947, article 2, § 2.

(456) Art. 15 du règlement annexé à la Convention.

(457) Message du Conseil fédéral suisse du 29 octobre 1949, cité par Bindschedler, *loc. cit.*, p. 237.

Soulignons toutefois que ces accords ne reconnaissent comme suisses les sociétés à intérêt prépondérant suisse que si celles-ci ont leur siège social en Suisse. Nous sommes donc dans une conception encore relativement traditionnelle. Mais il existe d'autres accords, qui eux font appel à la seule théorie du contrôle pour déterminer le caractère national d'une société. C'est par eux que nous terminerons.

D. TRAITÉS DÉTERMINANT LA NATIONALITÉ DES SOCIÉTÉS PAR LE SEUL CRITÈRE DU CONTRÔLE :

1° *Accords conclus par la Suisse :* restons avec la Suisse pour signaler que les trois derniers accords conclus par ce pays avec les pays de l'Est à la suite des nationalisations ne tiennent plus compte de la condition du siège social. Ils reconnaissent la nationalité suisse à toute société à intérêt suisse prépondérant, quel que soit l'emplacement de son siège social. C'est la consécration de la notion d'allégeance politique. Il s'agit des accords signés avec la Hongrie le 19 juillet 1950 (article 2), avec la Roumanie le 3 juillet 1951 (article 6), avec la Bulgarie le 26 novembre 1954 (article 6) (458).

2° *Accord Suède-Hongrie du 31 mars 1951 :* cet accord, lui aussi, autorise la protection des sociétés constituées selon le droit d'un Etat tiers, mais de caractère économique suédois. L'article 2 déclare que seront considérés comme suédois les droits appartenant aux personnes morales et sociétés commerciales ayant leur siège en Suède *ou* à intérêts suédois prépondérants (459).

3° *Accord Grande-Bretagne-Siam du 6 janvier 1947 :* dans cet accord relatif aux réclamations des ressortissants britanniques à l'encontre du gouvernement siamois, il est stipulé que toute association ou société à participation britannique majoritaire (c'est-à-dire 50 % ou plus) sera réputée propriété britannique, indépendamment du pays où elle a été constituée et du caractère direct ou indirect de la participation (460).

Sans doute ces accords ne forment-ils pas une majorité. Mais ils existent. Et lorsqu'on sait les réticences que provoque toute velléité d'application intégrale de la théorie de l'allégeance politique (c'est-à-dire nationalité de la société déterminée par le contrôle, et allégeance juridique considérée comme irrelevante), on peut mesurer leur importance. Certains auteurs pensent que ces traités, dérogeant à la règle générale, ne font que renforcer celle-ci (461). Nous ne le

(458) V. BINDSCHEDLER, p. 241.
(459) V. BINDSCHEDLER, pp. 240-241.
(460) *Recueil des Nations-Unies*, vol. 19, p. 161.
(461) V. par ex., P. de VISSCHER, « La protection... », *précit.*, p. 462.

croyons pas. Certes, ils dérogent à la règle générale. Certes, ils ne sont en aucun cas la manifestation d'une coutume déjà établie. Mais on peut penser à juste titre qu'ils sont les signes avant-coureurs d'une nouvelle orientation. La preuve nous en est d'ailleurs fournie par les plus récents exemples de la pratique diplomatique qui, elle aussi, s'oriente dans le même sens. Notre conclusion va être corroborée par les développements que nous allons consacrer aux projets de conventions internationales multilatérales.

Chapitre IV

Projets et propositions de conventions multilatérales visant à la protection de la propriété étrangère et des sociétés en particulier (462)

Nous étudierons successivement les dispositions en faveur des sociétés, puis les dispositions en faveur des actionnaires.

Section I

Dispositions en faveur des sociétés

La plupart des projets et propositions permettent la protection diplomatique d'une société d'après le seul critère du contrôle. Il est pourtant une catégorie de propositions qui s'attache uniquement au siège social. Nous commencerons par celle-ci.

§ 1 : *Propositions déterminant la nationalité des sociétés uniquement d'après le siège social*

Les « Propositions Ehlers » (463), qui datent de 1958, sont les seules à fonder la protection diplomatique des sociétés uniquement sur le siège social, sans qu'aucun assouplissement soit apporté à cette règle. Ces propositions furent présentées à la septième conférence de l'International Bar Association, tenue à Cologne du 21 au 25 juillet 1958. Le Dr Kurt Ehlers, avocat à Hambourg, présenta un rapport intitulé « Protection des investissements à l'étranger en temps de paix ». Dans une Annexe au Rapport, sept principes étaient formulés. Le premier de ces sept principes est le suivant :

> « Les Etats signataires se garantissent mutuellement pleine et entière protection pour la propriété privée de tous leurs ressortissants, et de toutes personnes morales et associations ayant leur siège dans leur ressort territorial. »

M. Focsaneanu fait remarquer que cette rédaction sommaire est certainement due à des divergences de vues qui se sont manifestées au sein du Comité chargé d'étudier le problème de la protection des

---

(462) Sur ce thème, voir la remarquable étude de M. L. Focsaneanu dans *La personnalité morale et ses limites*, *précit.*, pp. 243 à 269.

(463) V. Focsaneanu, *loc. cit.*, pp. 249 et 255 *in fine*.

investissements à l'étranger. Les débats du Comité auraient été obscurcis par une confusion entre l'hypothèse de l'expropriation de la société et celle de l'expropriation des parts sociales et actions, ainsi que par le manque de distinction précise entre les effets territoriaux et extra-territoriaux de l'expropriation.

Par conséquent, non seulement ces propositions sont uniques en leur genre, mais, de plus, les circonstances dans lesquelles se sont déroulés les débats empêchent qu'on leur reconnaisse pleine valeur.

§ 2 : *Projets et propositions déterminant la nationalité des sociétés par le siège social ou par le contrôle*

Ils sont au nombre de quatre.

1° « *Projet Abs* » (464) :

L'inspirateur de ce projet fut M. Hermann J. Abs, directeur général de la Deutsche Bank de Francfort-sur-Main. Sa rédaction juridique est due au professeur Hans Dölle, directeur de l'Institut Max Planck de droit international de Hambourg. Le 26 novembre 1957, la « Société pour favoriser la protection des investissements à l'étranger » publia ce projet sous le titre « Convention internationale pour la protection mutuelle des droits patrimoniaux privés à l'étranger ». L'article II du projet est ainsi rédigé :

« Seront considérés comme nationaux d'un Etat, au sens de la présente convention :

. . . . . ;

b) les personnes juridiques et les sociétés de personnes légalement reconnues, constituées selon le droit de cet Etat ou de l'une de ses subdivisions territoriales ou ayant leur siège sur le territoire dudit Etat ;

c) *les personnes juridiques et les sociétés de personnes légalement reconnues, dans lesquelles les nationaux dudit Etat ont une participation prédominante ou qui sont sous le contrôle de ces nationaux* » (465).

Le projet ne définit pas la notion de contrôle. Il renvoie à la législation de guerre et en particulier à l'article 2 du Trading with the Enemy Act britannique de 1939. En ce qui concerne la notion de « participation prédominante » (« dominating interest », « überwiegende Beteiligung »), il est précisé dans les commentaires qu'une

(464) V. Gesellschaft zur Förderung des Schutzes von Auslandsinvestitionen e. V., Heft 2, Internationale Konvention zum gegenseitigen Schutz privater Vermögensrechte im Ausland (95 p.). Il existe une version anglaise de cette convention sous le titre « International convention for the mutual Protection of Private Property Rights in Foreign Countries » (101 p.). V. aussi Focsaneanu, *loc. cit.*, pp. 248 et 257.

(465) C'est nous qui soulignons.

participation égale ou supérieure à 50 % pourrait être considérée comme suffisante. Ce projet envisage également le cas des sociétés dans lesquelles des étrangers ont une participation « non prédominante ». Dans ce cas, l'Etat national des actionnaires étrangers pourra assurer leur protection *ut singuli*, conformément à l'article III (*b*) dont nous parlerons dans la Section II. Remarquons donc qu'en matière de sociétés, le projet admet la détermination de la nationalité, soit par le siège social, soit par le contrôle, ce qui paraît tout à fait rationnel et conforme aux exigences modernes du commerce international et des mouvements de capitaux.

2° *Projet « Shawcross »* (466) :

En fait, ce Projet est anonyme. Mais il est généralement attribué à Lord Shawcross, d'où la dénomination que nous lui donnons. Le titre du rapport qui contient ce projet est : « Convention concernant les investissements étrangers » (« Convention on Foreign Investments »). Il fut publié en mars 1958. L'article 7 (*b*) de ce Projet est ainsi rédigé :

« Au sens de la présente Convention :

. . . . . .

b) le terme « nationaux » employé en relation avec l'une des Parties contractantes, comprend : (i) les sociétés qui, en vertu du droit interne de cette Partie contractante, sont considérées comme ayant sa nationalité et (ii) les sociétés dans lesquelles les nationaux de ladite Partie contractante détiennent, directement ou indirectement, une participation de contrôle. Le mot « sociétés » comprend les sociétés auxquelles la législation de l'une des Parties contractantes reconnaît la personnalité juridique, ainsi que les sociétés qui ne jouissent pas de la personnalité juridique » (467).

Là encore, les deux critères possibles pour la détermination de la nationalité des sociétés sont : le droit interne de l'Etat protecteur ; ou la nationalité des actionnaires ou associés qui possèdent une participation suffisante dans la société. D'autre part, et cela est extrêmement important à noter, ce Projet ajoute que tout Etat contractant serait investi par la Convention d'une compétence dis-

---

(466) Focsaneanu, *loc. cit.*, p. 248 *in fine* et p. 258.

(467) « As used in this Convention : ..... b) « nationals » in relation to a Party includes : (i) companies which under the municipal law of that Party are considered national companies of that Party and (ii) companies in which nationals of that Party have directly or indirectly a controlling interest. « Companies » includes both juridical persons recognized as such by the law of a Party and association even if they do not possess legal personnality ».

crétionnaire pour attribuer sa nationalité aux personnes morales et aussi pour *faire respecter la nationalité ainsi attribuée dans l'ordre juridique international et notamment en matière d'exercice de la protection diplomatique.* Lorsqu'il s'agit d'appliquer le critère du contrôle, le Projet va donc très loin, puisque la nationalité de la société, déterminée par celle des actionnaires, découle alors directement de l'ordre juridique international. La protection diplomatique peut jouer même si le droit interne des Etats en cause ne reconnaît pas le contrôle comme source de nationalité.

Remarquons enfin, dans la rubrique (ii) de la lettre (*b*) de l'article 7 précité, les mots « directement ou indirectement ». Ils prévoient très certainement l'hypothèse où la participation serait détenue par une ou plusieurs personnes ou sociétés intermédiaires (fiduciaires, filiales, etc...).

Ce projet tend donc à révolutionner le droit traditionnel de la protection diplomatique des sociétés. On ne saurait l'en blâmer.

3° *Projet « Shawcross-Abs »* (468) :

Là encore, ce projet est anonyme, mais il semble qu'on puisse l'attribuer à un groupe de juristes et d'économistes anglais, allemands, néerlandais et suisses qui ont tenté de rapprocher les projets « Abs » et « Shawcross ». Il fut publié, en brochure, sous le titre « Convention concernant les investissements à l'étranger » (« Convention on Investments abroad »), en avril 1959. L'article IX de ce projet reproduit exactement, dans sa lettre (*a*), les dispositions de l'article 7 (*b*) du projet Shawcross que nous venons d'analyser.

4° *Projet « La Pradelle »* (469) :

M. A. de la Pradelle présenta à l'Institut de droit international, à la session de Bath, en 1950, un « Projet définitif de Résolutions » sur « les effets internationaux des nationalisations ». L'article 10 de ce projet précise :

> « Les sociétés étrangères par le contrôle, nationales par le siège social, ont droit au traitement international. »

Ce texte laconique signifie que la nationalité des sociétés, fondement de leur protection diplomatique, peut être déterminée, soit par le siège social, soit par la nationalité des personnes qui contrôlent la société ; mais que, *en cas de conflit entre le siège social et le contrôle, c'est le contrôle qui doit l'emporter.*

---

(468) Focsaneanu, *loc. cit.*, pp. 249 et 259 *in fine.*
(469) *Ibid.*, p. 260.

Section II

Projets et propositions permettant la protection distincte des actionnaires ou associés

Si l'on fait abstraction du projet de la Ligue européenne de Coopération économique qui, en raison de son caractère de manifeste de politique économique et non de document juridique (470), ne retiendra pas notre attention, on compte six propositions ou projets prévoyant la protection des actionnaires.

1° *Projet « Abs » :*

Ce projet nous est déjà connu. Outre les règles qu'il propose pour la protection des sociétés comme telles, il consacre la possibilité d'une protection indépendante et distincte des actionnaires. L'article III énumère les catégories de droits protégés :

> « Article III : Tous les droits patrimoniaux sont protégés en vertu de la présente convention. Bénéficient notamment, mais non exclusivement, de la protection :
>
> . . . . . .
>
> *b*) les actions et autres participations dans les sociétés de capitaux ou de personnes.

Les commentaires publiés au sujet de cet article apportent les éclaircissements suivants :

> « Ces stipulations protègent les actions et les participations, appartenant à des étrangers, dans les sociétés de capitaux ou de personnes. La protection est, en premier lieu, nécessaire dans tous les cas où, aux termes des paragraphes (*b*) et (*c*) de l'article II ((471), les sociétés de capitaux ou de personnes sont considérées comme ayant la nationalité de l'Etat expropriateur et, comme telles, ne pourront pas bénéficier de la protection prévue dans la présente convention. En second lieu, cette disposition accorde, en tous cas, la protection aux actionnaires, dans l'éventualité où l'Etat, au lieu d'exproprier la société de capitaux ou de personnes, procéderait à l'expropriation des actions ou parts. »

2° *Projets « Shawcross et Shawcross-Abs » :*

Nous groupons ces deux projets, que nous connaissons déjà également et qui consacrent la protection des actionnaires dans des termes identiques (472). L'article VII (*c*) du projet « Shawcross » et l'article IX du projet « Shawcross-Abs » sont ainsi conçus :

> « Le terme « biens » comprend tous les biens, droits et inté-

(470) Projet publié par la Ligue dans une brochure intitulée « La défense en commun des investissements privés internationaux » en février 1958 (*Publications de la Ligue*, n° 25, février 1958).

(471) Voir *supra*, p. 240.

(472) Dans le « Projet Shawcross », le mot « shareholder » est employé. Dans le projet « Shawcross-Abs », ce mot est remplacé par « member of a Company ». C'est la seule différence entre les deux projets.

rêts détenus directement ou indirectement. L'actionnaire d'une société sera considéré comme ayant un intérêt dans les biens de la société » (473).

3° *Projet « Garcia Amador » :*

Par la Résolution 799 (VIII) du 7 décembre 1953, l'Assemblée générale des Nations-Unies pria la Commission du droit international de procéder à l'étude de la « Responsabilité de l'Etat », matière inscrite sur la liste provisoire des matières choisies comme sujets de codification. A la session de 1955, la Commission désigna M. F. V. Garcia Amador comme rapporteur spécial de la question. Trois rapports successifs furent présentés, en 1956, 1957, 1958. Au troisième rapport est annexé un « Avant-Projet sur la responsabilité internationale de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers ».

Précisons tout d'abord que ce rapport contient une innovation importante. Dans certains cas, en effet, outre la possibilité de la protection diplomatique traditionnelle, existe la possibilité d'une réclamation directe portée par l'étranger victime du dommage devant un organisme international (474). En ce qui concerne les sociétés, le Projet emploie l'expression « personne juridique étrangère » sans la définir. Il ne comporte donc aucune prise de position sur le problème de la nationalité des sociétés. Quant à la partie du Projet qui prévoit la protection des actionnaires, elle se présente de la manière suivante : dans un premier temps, est refusé le droit de protection aux personnes juridiques étrangères dont les intérêts appartiennent en majorité à des ressortissants de l'Etat défendeur, ce qui est naturel. En revanche, les actionnaires qui n'ont pas la nationalité de l'Etat défendeur peuvent, comme tels, être protégés par l'Etat dont ils sont ressortissants. Les articles se rapportant à cette question sont ainsi rédigés (Avant-Projet et Rapport) :

Art. 19 : ..... « 4. Les personnes juridiques étrangères dont les intérêts appartiennent en majorité à des ressortissants de l'Etat défendeur ne peuvent exercer le droit de présenter une réclamation internationale visée au présent article. »

---

(473) « Property » includes all property, rights and interests, whether held directly or indirectly. A shareholder of a company shall be deemed to have an interest in the property of the Company ».

(474) Art. 19, § 1, du Projet, qui prévoit que « ...l'étranger peut présenter une réclamation internationale tendant à obtenir réparation du dommage à l'organisme auquel l'Etat défendeur et l'Etat dont l'étranger est ressortissant, ou l'Etat défendeur et l'étranger lui-même sont convenus de donner compétence en la matière. »

Rapport : « 13. Le paragraphe 4 de l'article 19 s'inspire de la même idée. Parfois, les personnes juridiques — notamment les sociétés par actions — constituées selon la législation d'un Etat différent de celui où elles exercent leurs activités ne sont étrangères que de nom, parce que leurs intérêts appartiennent en majorité à des ressortissants de l'Etat défendeur. En pareil cas, il serait à coup sûr injustifié que la personne juridique puisse exercer le droit de réclamation reconnu dans les accords prévus par l'article 19, qui vise les personnes juridiques étrangères de fait aussi bien que de nom. Bien entendu, le paragraphe 4 ne porte pas atteinte au droit de réclamation que peuvent avoir, à titre individuel, conformément à l'accord, les associés ou actionnaires qui ne possèdent pas la nationalité de l'Etat défendeur. Il va de soi que ce paragraphe ne porte pas non plus atteinte au droit de réclamation que l'Etat dont ces personnes ont la nationalité possède conformément aux dispositions pertinentes de l'Avant-Projet. »

Art. 21 : ..... « 3. L'Etat ne peut présenter de réclamation internationale au nom des personnes juridiques étrangères dont les intérêts appartiennent en majorité à des ressortissants de l'Etat défendeur. »

Rapport : « 24. Le paragraphe 3 de l'article 21 vise le cas de personnes juridiques dont la nationalité est plus nominale que réelle. Comme nous l'avons indiqué dans le commentaire du paragraphe correspondant de l'article 19, les conditions et la raison d'être de toute réclamation internationale sont absentes en pareil cas, puisque la réclamation interviendrait en faveur de personnes juridiques dont les intérêts appartiennent en majorité à des ressortissants de l'Etat défendeur lui-même. Dans le cas des réclamations visées à l'article 20, il y aurait un abus du principe du « caractère national de la réclamation » sur lequel repose la doctrine de la protection diplomatique et il en résulterait une situation juridiquement absurde, tant pour l'Etat défendeur que pour l'Etat demandeur. Cependant, ici encore, le paragraphe ne porte pas atteinte au droit, pour l'Etat demandeur, de présenter une réclamation en faveur des actionnaires ou autres personnes de sa nationalité qui ont été personnellement lésés dans les intérêts qu'ils possédaient dans la société ou autre personne juridique en question. »

La protection jouera-t-elle uniquement en cas d'atteinte portée à un droit propre de l'actionnaire ou bien dans tous les cas où le dommage causé à la société rejaillit indirectement sur l'actionnaire ? Le rapport n'est pas très clair à cet égard. Il semble cependant que la seconde hypothèse soit la bonne, puisque le principe de la protection des actionnaires est conçu comme conséquence du refus de protection opposé à la société.

4° *Projet « Sohn-Baxter » de Harvard* (475) :

En liaison avec les travaux sur le projet précédent, le Secrétariat de l'O.N.U. demanda au Centre de recherches de droit international de l'Université de Harvard de réviser un projet de convention qui avait été publié en 1929 sur le même sujet. Sous la direction générale de M. Milton Katz, directeur des Etudes de droit international de l'Université de Harvard, MM. Louis B. Sohn et R. R. Baxter, le premier professeur, le second professeur adjoint, rédigèrent avec la collaboration d'un comité consultatif un nouveau projet préliminaire de « Convention sur la responsabilité des Etats à raison des dommages causés aux étrangers », projet publié en mai 1959.

Ce projet présente beaucoup d'analogies avec le précédent : même possibilité d'une réclamation internationale directe de la victime du dommage, même refus de protection diplomatique pour une société étrangère dans laquelle les ressortissants de l'Etat défendeur détiennent une participation prédominante. Cependant, dans ce projet, le principe de la protection spéciale des actionnaires fait l'objet d'une disposition précise :

« Art. 20 (Personnes ayant qualité pour présenter des réclamations).

1. Une réclamation peut être présentée, comme prévu à l'article 22, par l'étranger qui a subi un dommage, ou par la personne en droit de réclamer par son intermédiaire.

2. Par « étranger » qui a subi un dommage, au sens de la présente convention, on entend :

. . . . . .

c) tout étranger qui détient, directement ou indirectement, une action ou tout autre titre de propriété ou de participation dans une personne juridique ayant la nationalité de l'Etat défendeur ou de tout autre Etat dont l'étranger n'est pas ressortissant et qui subit un préjudice dans sa participation du fait de la dissolution de la personne juridique ou du fait d'un dommage causé à ladite personne juridique, si celle-ci ne prend pas, en temps utile, des mesures appropriées pour défendre les intérêts de l'étranger. »

On voit, par ces exemples, que la tendance moderne est d'écarter le plus possible l'obstacle juridique que représente le principe de la détermination de la nationalité des sociétés par le siège social. La plupart du temps, c'est l'allégeance politique de la société qui formera le fondement de sa protection diplomatique. En outre, les projets permettent d'écarter le voile de la personnalité morale dès que la protection distincte des actionnaires est nécessaire.

(475) Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, Preliminary Draft with explanatory notes, Harvard Law School, May, 1, 1959.

Titre II

PROBLEMES POSES PAR L'INTERNATIONALISATION DE DROIT

Jusqu'à maintenant, nous nous sommes trouvés en présence de sociétés dont la création était exclusivement due à une norme de l'ordre juridique interne, même si, par ses capitaux, la société présentait un caractère international de fait. C'est là le cas le plus courant, le seul qui, jusqu'à ces dernières années, pouvait être envisagé. Ce n'est que très récemment qu'on a assisté à l'apparition de sociétés créées par un traité international ou en vertu d'un traité international. Ce phénomène a pour conséquence un relâchement ou, dans certains cas, l'absence totale du lien d'allégeance traditionnel entre la personne morale et un Etat donné. Comment se pose alors le problème de l'éventuelle protection diplomatique de ces sociétés ?

Ce Titre II nous retiendra moins longtemps que le Titre I. Il nous suffira, dans une Section I, de décrire ces sociétés internationales, puis, dans une Section II, d'envisager la question de leur protection diplomatique (476).

Section I

Description de quelques sociétés internationales

Nous les décrirons en les classant d'après leur degré plus ou moins poussé d'internationalisation. Ce classement nous servira ensuite pour traiter de leur protection, puisque leur aptitude à

---

(476) Sur cette catégorie de personnes morales, voir Adam (H. T.), *Les établissements publics internationaux*, Paris, L.G.D.J., 1957 ; Sereni (A. P), « International economic institutions and the municipal law of States », *Rec. des Cours*, 1959, t. I, pp. 133 et s., et *Le Organizazioni Internazionali*, Milan, Giuffré, 1959 ; Govare, « Les sociétés universelles », *Rapport à la* 43e *Conférence de l'International Law association*, Bruxelles, 1948 ; Niboyet, « Rapport préliminaire sur les sociétés internationales », 45e *conférence de l'International Law association*, Lucerne, 1952 ; Kronstein (H.), « The nationality of international enterprises », *Columbia Law Review*, 1952, pp. 983 et s. ; Seidl-Hohenveldern (I.), « European Companies », *Journal of business law*, Avril 1959, p. 120 ; Langrod, « Quelques aspects du problème des établissements publics internationaux », *Archiv des Völkerrechts*, 1958, p. 113.

cette éventuelle protection variera avec la force du lien d'allégeance qui les unit à un Etat, fonction inverse de leur degré d'internationalisation.

§ 1 : *Sociétés soumises à l'allégeance politique et juridique d'une des Parties contractantes*

Dans ce cas, l'internationalisation n'affecte que très peu la société internationale. L'utilité du traité est de garantir la société contre une tentative de dissolution unilatérale de la part de l'Etat auquel l'unit le lien d'allégeance.

L'exemple le plus caractéristique de cette catégorie de sociétés est sans aucun doute celui de la Société des Chemins de fer luxembourgeois. Cette dernière a été l'objet d'une Convention internationale entre la Belgique, la France et le Luxembourg, en date du 17 avril 1946 (477). Les trois Etats, « résolus à continuer en commun l'exploitation des chemins de fer luxembourgeois, et désireux d'assurer au trafic à destination ou en provenance du Grand-Duché et de ses au-delà son cours naturel », constituent « une société luxembourgeoise dont le capital sera souscrit par eux à raison de 24,5 % pour la Belgique, 24,5 % pour la France et 51 % pour le Luxembourg ». La société est créée pour 99 ans et assure la gestion de l'ensemble des chemins de fer luxembourgeois. Les textes organiques de la société sont arrêtés d'un commun accord entre les hautes Parties contractantes et sont approuvés par une loi grand-ducale (art. 3). Au sein de cette société, c'est incontestablement le Luxembourg qui occupe la position prépondérante, grâce à sa souscription majoritaire, grâce aussi à certains pouvoirs statutaires qui lui sont accordés par le traité : droit d'intervenir dans tous les actes relatifs à l'organisation des chemins de fer luxembourgeois pour assurer l'application des clauses de la Convention (art. 10) ; droit d'imposer à la société des mesures incompatibles avec une saine gestion industrielle et commerciale, à condition de supporter les charges qui en résultent. Quant à l'élément d'internationalisation, il réside dans les obligations pour les Chemins de fer de prévoir et de mettre en œuvre une organisation technique adéquate pour le bon acheminement du transit (art. 6) ; il réside également dans la garantie dont bénéficie la société contre tout détournement de trafic de la part des réseaux belge et français. Mais cela n'empêche pas le réseau de rester une entreprise nationale : il n'a pas de personnalité internationale, il n'exerce aucun pouvoir ressortissant directement au droit international. Il est seulement doté d'un régime international par la Convention du 17 avril 1946. Quant à son lien d'allégeance, on peut dire qu'il est une société de natio-

(477) Voir texte du traité dans le *Recueil de l'O.N.U.*, n° 402.

nalité luxembourgeoise : il en a l'allégeance juridique par son siège social, et l'allégeance politique par le domaine d'exploitation qu'il recouvre et par la participation luxembourgeoise prépondérante.

§ 2 : *Sociétés soumises à l'allégeance juridique d'une des Parties contractantes, mais non à son allégeance politique*

L'exemple de la Société des Chemins de fer luxembourgeois est exceptionnel. La plupart du temps, lorsqu'une société est créée par une Convention en vue d'assurer l'exploitation d'une entreprise d'intérêt international, il est prévu que cette société sera régie quant à son statut juridique par la loi interne d'un des Etats signataires. Cela ne veut pas dire pour autant qu'elle sera soumise à l'allégeance politique de l'Etat en question (478).

Voyons plutôt quelques exemples. Un des premiers est celui de l'Aéroport Bâle-Mulhouse, créé par un accord franco-suisse en date du 4 juillet 1949 et aux termes duquel la France et la Suisse ont constitué un établissement public commun pour la construction et l'exploitation « en commun » d'un aéroport commercial. Cet aéroport est régi essentiellement par la Convention internationale qui lui a donné naissance, ainsi que par les statuts et le cahier des charges qui forment, avec la Convention, « un tout indivisible ». Ce n'est que subsidiairement que l'Aéroport est soumis à la loi française, « dans la mesure où il n'y est pas dérogé » par la Convention. Cette Convention prévoit de façon précise la composition du Conseil d'Administration, son fonctionnement et ses pouvoirs ; elle instaure également une tutelle conjointe de la France et de la Suisse ; enfin, elle règle le sort de la société dans le cas d'une dissolution. Par conséquent, la soumission de l'Aéroport à la loi française ne jouera qu'à titre subsidiaire, dans le cas d'une lacune laissée par la Convention.

Il en va de même dans l'exemple de la British Commonwealth Pacific Airlines Ltd. Cet établissement a été créé le 4 août 1949 par un accord entre la Grande-Bretagne, l'Australie et la Nouvelle-Zélande sous forme d'une société par actions de droit australien. Là encore, la société est placée sous l'allégeance juridique australienne, mais elle est soumise au contrôle des trois Etats auxquels elle est commune.

Citons encore deux exemples importants : les sociétés Eurofima et Eurochemic.

La société Eurofima (Société européenne pour le financement du matériel ferroviaire) a été constituée, comme son nom l'indique,

---

(478) V. à ce propos la distinction faite au sujet de la Banque d'Etat du Maroc créée par l'Acte d'Algésiras du 7 avril 1906, par un arrêt du Conseil d'Etat français du 28 avril 1939 (S. 1940, III, 1, et note du Professeur Ch. Rousseau).

pour assurer le financement du matériel ferroviaire européen. Elle est l'œuvre de la Convention du 20 octobre 1955 signée par les ministres des transports de quatorze Etats européens (479). Le préambule de la Convention indique que, « tant par sa composition que par son but, la Société présente un intérêt public et un caractère international ». L'article premier prévoit que...

> « ...la société sera régie par les statuts annexés à la présente Convention et, à titre subsidiaire, par le droit de l'Etat du siège, dans la mesure où il n'y est pas dérogé par la présente Convention. »

L'Etat du siège est la Suisse. La société est donc d'allégeance juridique suisse mais, comme dans les deux exemples précédents, la loi suisse ne sera appelée à jouer qu'en cas de lacune laissée par la Convention. D'autre part, l'article 2 limite l'influence du droit suisse en subordonnant à l'accord de tous les Etats signataires les modifications statutaires relatives au siège de la société, à son objet social ou à sa durée, ainsi qu'aux conditions d'admission « d'une administration de chemin de fer comme actionnaire de la société » et qu'au mode d'élection et à la garantie par les actionnaires des contrats de financement.

En outre, le protocole additionnel joint à la Convention prévoit que la Suisse doit accorder à la société de larges privilèges fiscaux (art. premier du protocole additionnel). Enfin, la Suisse ne possède que 12,5 % des actions de la société. Le capital d'Eurofima est, en effet, de 50 millions de francs suisses, il est divisé en 5 000 actions réparties entre les diverses administrations ferroviaires des Etats signataires de la Convention et, sur ces 5 000 actions, les chemins de fer suisses n'en détiennent que 400. Quant aux membres du Conseil d'Administration, ils sont désignés par l'assemblée générale « sans condition de nationalité », sur proposition des actionnaires, à raison de deux administrateurs par actionnaire possédant au moins 2 % du capital social.

On aboutit aux mêmes constatations avec l'étude de la Société Eurochemic, créée par les Etats membres de l'O.E.C.E. le 20 décembre 1957 pour le traitement chimique des combustibles irradiés. Contrairement à ce qui se passe pour l'Eurofima, dont les actionnaires ne peuvent être que des administrations publiques, l'Eurochemic peut faire appel à des personnes privées, les actions détenues par les Etats fondateurs étant susceptibles de cession à des

---

(479) République fédérale d'Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, France, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Suède, Suisse, Yougoslavie. Les textes complets de la Convention, du Protocole additionnel, du Protocole de signature, des Statuts et de l'accord de base se trouvent dans ADAM, *op. cit.*, pp. 199 à 222 (Annexe A).

nationaux des Etats contractants. La société est d'allégeance juridique belge, mais le droit belge ne la régit que subsidiairement. Le capital se compose de 400 actions réparties entre 12 actionnaires ; sur ces 400 actions, la Belgique n'en possède que 44 (480).

§ 3 : *Société internationale soumise à l'allégeance juridique d'un Etat tiers par rapport aux Etats ayant signé la Convention*

Il s'agit d'un cas original, et exceptionnel, dont un exemple peut être fourni par la Banque des Règlements internationaux. Cette Banque fut créée par la Convention de La Haye du 20 janvier 1930, signée par dix-sept Etats (481). La Suisse n'en faisait pas partie et la convention avait été signée sous condition suspensive (article VI) : les Parties reconnaissaient à la Banque « la personnalité juridique pour le jour où elle serait constituée conformément aux statuts annexés à la loi constitutive de ladite Banque, qui a fait l'objet de la convention conclue avec le gouvernement de la Confédération suisse ». La Suisse signa le jour même un accord aux termes duquel elle s'engageait à accorder immédiatement force de loi suisse à la Charte constitutive de la Banque, à n'apporter à la Charte aucune modification sans l'accord des autres Etats, à ne permettre que dans des limites très étroites les modifications au Statut de la Banque. Donc, soumission de la Banque à une loi déterminée, là encore, n'a qu'un caractère subsidiaire. Mais la particularité de ce cas est que les Etats signataires de la Convention ont choisi comme Etat du siège un Etat tiers.

§ 4 : *Les entreprises communes*

Le principe de la création des entreprises communes est né avec le Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne et la Communauté européenne de l'Energie atomique. Le chapitre V du traité instituant l'Euratom prévoit la constitution d' « entreprises communes » pour la réalisation de la mission de la Communauté. La Communauté a, en effet, l'obligation statutaire, entre autres, « d'assurer notamment, en encourageant les initiatives des entreprises, la réalisation des installations fondamentales nécessaires au développement de l'énergie nucléaire dans la Communauté » (482). L'article 45 du traité précise encore:

---

(480) A propos de cette société, v. HUET (Pierre), l'Agence européenne pour l'énergie nucléaire et la Société Eurochemic, *Annuaire français de droit international*, 1958, p. 512.

(481) Ces Etats sont : l'Allemagne, la Belgique, l'Angleterre et l'Irlande du Nord, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Union Sud-Africaine, l'Inde, la France, la Grèce, l'Italie, le Japon, la Pologne, le Portugal, la Roumanie, la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie.

(482) Article 2, § 5.

« Les entreprises qui revêtent une importance primordiale pour le développement de l'industrie nucléaire dans la communauté peuvent être constituées en entreprises communes au sens du présent traité, conformément aux dispositions des articles suivants, etc... »

La différence essentielle avec les sociétés dont nous avons parlé dans les paragraphes précédents est que la création de ces entreprises communes ne nécessitera plus la conclusion d'un traité spécial ; elle résultera d'une décision du Conseil de la Communauté. Quant au contrôle de ces entreprises (régime budgétaire et modification éventuelle de leurs statuts), il n'appartient pas aux Etats membres, mais aux organes de la Communauté.

Leur régime juridique est fixé par leurs statuts, statuts qui doivent être soumis à l'approbation du Conseil de la Communauté. Seul l'article 49 précise que ces statuts « peuvent se référer, à titre subsidiaire, aux législations nationales des Etats membres ». Ainsi, comme le fait remarquer Paul de Visscher (483): « Ce texte, qui prévoit la faculté d'une référence à plusieurs législations nationales et qui ne fait pas de cette référence une obligation, démontre clairement que le régime juridique des entreprises communes a été conçu comme indépendant de toute allégeance à l'égard d'une loi nationale déterminée. Les statuts des entreprises communes doivent être, en principe, « self sufficient », et ce n'est que pour faciliter l'interprétation de ces statuts que la référence à une ou plusieurs législations nationales a été prévue et autorisée. »

Cependant, un cas particulier peut se produire : celui où la société qui accède au rang d'entreprise commune est une société qui existait déjà en vertu d'une loi nationale déterminée et avec une « nationalité » déterminée. Le traité prévoit cette éventualité. On en connaît un exemple, celui de la S.E.N.A. (Société d'énergie nucléaire franco-belge des Ardennes). Cette société comprend des intérêts belges et français. Elle existait depuis 1958 comme société commerciale de nationalité française. En devenant entreprise commune, elle dut adapter ses statuts aux exigences du Traité et se soumettre au contrôle des organes de la Communauté. Conserve-t-elle néanmoins la nationalité française ? Le problème est délicat. Il est certain que, officiellement, aucun texte n'est venu modifier sa nationalité. Mais il est non moins certain que, désormais, c'est le Traité qui régit la société à titre principal et que la loi française n'intervient plus qu'à titre subsidiaire.

§ 5 : *L'établissement public européen*

Les entreprises communes ne sont pas les seuls établissements publics prévus par le Traité de l'Euratom. Il existe un autre établis-

(483) « La protection... », *précit.*, p. 498.

sement public de la Communauté européenne de l'Energie atomique, qui a été créé dès l'entrée en vigueur du Traité (484) : c'est l'Agence européenne d'approvisionnement des matières fissiles. On pourrait citer également l'Ecole européenne créée au siège de la C.E.C.A. sous forme d'établissement public commun par la Convention du 12 avril 1957. Les entreprises communes de l'Euratom sont des entreprises privées d'intérêt public. L'Agence européenne d'approvisionnement, elle, constitue un véritable établissement public européen. Là réside la différence essentielle. Une autre différence peut être trouvée dans le fait que l'Agence est un organe décentralisé et personnalisé qui est doté d'un pouvoir réglementaire en vue d'harmoniser le marché des matières fissiles sur lequel elle possède un droit général d'option. Enfin, l'Agence n'est rattachée à aucun Etat en particulier, elle ne dépend d'aucune allégeance juridique. Elle n'est régie que par le Traité et par ses statuts, statuts qui lui ont été dictés par le Conseil de la Communauté.

Commencée avec la société dotée du minimum d'internationalisation, la Société des chemins de fer luxembourgeois, notre étude s'achève avec l'autre extrême : la société dont le degré d'internationalisation est le plus poussé. Compte tenu de cette situation, dans quelle mesure ces sociétés pourront-elles éventuellement bénéficier de la protection diplomatique ?

Section II

Le problème de la protection diplomatique de ces sociétés

Il s'agit jusqu'à nouvel ordre d'un problème théorique, aucun précédent ne pouvant encore être cité. Il est cependant intéressant d'en dire quelques mots. Le problème sera évidemment plus ou moins facile à résoudre, suivant la nature et le degré d'internationalisation de la société.

1° La question de la protection diplomatique de la Société des Chemins de fer luxembourgeois ne présente, semble-t-il, aucune difficulté. Nous l'avons vu, la Société est sous l'allégeance juridique luxembourgeoise en vertu de l'emplacement de son siège social. Elle est de même allégeance politique en raison du contrôle luxembourgeois prépondérant. Le lien d'allégeance qui unit la Société au Grand-Duché est donc effectif. Toutes les conditions suscep-

(484) Par l'article 52, § 2, lettre (b).

tibles d'être exigées pour justifier la protection diplomatique sont réunies (485).

2° Mais il s'agit là incontestablement d'un cas exceptionnel. Dans tous les autres cas, nous avons pu constater que la société, si elle pouvait se prévaloir d'une allégeance juridique déterminée, était en revanche sans allégeance politique précise.

Il nous faut ici distinguer entre deux catégories de sociétés internationales soulevant deux catégories de problèmes de difficulté inégale.

a) La première catégorie est constituée par les entreprises créées par traité. Certes, la société est alors sans allégeance politique précise : la protection diplomatique classique ne pourra donc pas jouer. En revanche, à ce que le droit coutumier ne peut donner, le droit conventionnel pourvoira. Le traité permet, en effet, de mettre en œuvre tout un système de privilèges et d'immunités garantis par des recours juridictionnels ou politiques. L'inconvénient de ce système, Paul de Visscher le souligne, est de créer, tout au moins s'il s'agit d'entreprises industrielles et commerciales, une catégorie de sociétés privilégiées par rapport aux sociétés nationales. Mais, en dehors de ce fait, il semble qu'on se trouve là en présence d'un mode de protection satisfaisant suppléant parfaitement la défaillance du mode de protection classique (486).

---

(485) On peut aussi envisager l'hypothèse où le Luxembourg prendrait des mesures critiquables ou illicites envers la Société. Dans ce cas, le Grand-Duché pourrait voir sa responsabilité internationale mise en jeu (par exemple en cas de nationalisation). C'est alors la Belgique et la France qui pourraient intervenir diplomatiquement, en se fondant non sur une atteinte aux droits propres de la société, mais sur une atteinte aux droits personnels que l'accord de 1948 leur a conférés en leur qualité d'actionnaires de la société. (Cf. P. de Visscher, « La protection... », *précit.*, pp. 494-495).

(486) Ces considérations ne peuvent que corroborer, s'il en était encore besoin, la nécessité de distinguer, en matière de sociétés, entre l'allégeance juridique et l'allégeance politique. Seule, cette distinction peut faire comprendre l'absence de nationalité de cette sorte de sociétés. M. Adam, *op. cit.*, pp. 98 et s.), qui ne prend absolument pas parti dans la querelle et qui ne s'appuie sur aucune théorie préconçue, est amené tout naturellement à faire la distinction lorsqu'il aborde le problème de la nationalité de ces sociétés. « Pour comprendre le cas de l'absence de nationalité, écrit-il, il faut opérer la disjonction entre le statut juridique et l'allégeance étatique. Cette allégeance peut être multiple et le statut juridique unique lorsque par exemple l'établissement public international, créé par plusieurs Etats, ne connaît qu'un seul siège, une seule loi applicable et n'est doté d'aucune allégeance étatique exclusive. La Société européenne pour le Financement du Matériel ferroviaire (l'Eurofima), dont la constitution a été approuvée par la Convention signée à Berne le 20 octobre 1955 par les Ministres des Transports européens, en pourrait être l'exemple typique, bien que

b) Plus délicate est la question des entreprises communes et des établissements publics européens. Il est incontestable que les entreprises communes de l'Euratom sont des entreprises supra-nationales. Ce supra-nationalisme préside à leur création comme à l'établissement de leur régime. Aucun Etat n'intervient directement. Tous se sont dessaisis de par les pleins pouvoirs donnés aux organes de l'Euratom. Les statuts, les lieux d'implantation, la participation éventuelle d'un Etat tiers, d'une organisation internationale ou de ressortissants d'un Etat tiers, sont proposés par la Commission de la Communauté, qui soumet les propositions au Conseil, lequel décide. Le même Conseil décide également des privilèges et avantages, tels que l'immunité fiscale, la liberté d'établissement de l'entreprise, la facilité des changes. Enfin, nous l'avons déjà dit, la création d'une entreprise ne résulte pas d'un acte de volonté conjointe des différents Etats, mais d'une simple décision du Conseil. L'article 49 décide en effet :

« La constitution d'une Entreprise commune résulte de la décision du Conseil. »

Par conséquent, les entreprises communes sont d'allégeance qu'on peut qualifier, avec M. Adam (487), d' « allégeance commune ». Elles ont une « nationalité », si toutefois on peut employer ce terme, communautaire : une nationalité qui n'est pas celle des Etats qui les composent comme actionnaires, mais une nationalité « communautaire ». D'autre part, et nous nous rallions toujours

---

les rédacteurs de ses actes constitutifs aient voulu, dans leur esprit, lui donner la nationalité helvétique...

« Du point de vue de l'allégeance politique ou étatique, on peut dire que les liens de nationalité de la Société européenne pour le financement du matériel ferroviaire sont multiples dans ce sens que plusieurs Etats y sont intéressés économiquement (puisque l'approvisionnement en matériel roulant de leurs chemins de fer sera assuré par cette Société) et exercent sur elle un contrôle décisif et qu'aucun d'entre eux ne peut prétendre à une allégeance exclusive ou principale de la Société envers lui. Du point de vue du statut juridique, par contre, l'unicité de la loi est assurée puisque le droit de l'Etat siège régit la société dans la mesure où il n'y est pas dérogé par la convention relative à la constitution de la Société (*Eurofima*). Cette disjonction (hypothétique en l'espèce) du statut juridique et de l'allégeance étatique n'est pas un fait nouveau pour le droit international privé. Elle a été, en effet, établie dans le passé chaque fois qu'il a fallu déterminer la loi applicable à la constitution et au fonctionnement de la Société (solution des conflits de lois) indépendamment du traitement que la Société devait recevoir en vertu d'un traité de l'établissement. Dans certains cas, il a bien fallu faire abstraction du critère du siège de la Société, non pour déterminer son statut juridique, mais pour fixer sa nationalité, en retenant le critère du contrôle... Dans le cas de l'Eurofima, nous nous trouvons devant l'hypothèse qui justifie pleinement la séparation de l'allégeance étatique de la Société de son statut juridique... »

(487) *Op. cit.*, p. 182.

aux conclusions de M. Adam, on ne peut même pas dire que l'entreprise commune soit une personne morale internationale : elle relève de l'ordre juridique de la Communauté, intermédiaire entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international.

Dans ces conditions, on peut conclure que, dans l'état actuel du droit, aucun des Etats signataires du Traité ne peut se réclamer d'un lien de rattachement suffisant — et encore moins, bien entendu, effectif — pour exercer la protection diplomatique en faveur d'une entreprise commune. Le cas de la S.E.N.A. ne déroge pas à la règle générale : avant d'être érigée au rang d'entreprise commune, la S.E.N.A. était peut-être liée à la France par un lien d'allégeance valable ; désormais, la loi française n'intervient plus qu'à titre subsidiaire. La seule issue se trouverait dans la conclusion d'une convention générale instituant une possibilité de protection communautaire, ou bien encore une possibilité de protection nationale de la part de l'Etat du siège. En dehors de cette éventualité, non encore réalisée, il semble que les entreprises communes ne réunissent pas les conditions voulues pour bénéficier de la protection diplomatique. Tout au plus peut-on signaler que les Etats qui ont donné naissance à une entreprise commune ont le droit de protéger leurs actionnaires nationaux.

CONCLUSION GENERALE

Nous voici parvenu à la fin de notre étude. Quelle leçon en tirer ? Sans doute ne saurait-on contester que le droit international a fait des efforts constants pour s'adapter du mieux possible aux problèmes multiples et complexes posés par la protection diplomatique des sociétés et de leurs actionnaires. Y est-il parvenu ? Oui, dans une certaine mesure : la protection des actionnaires a été peu à peu admise, la nécessité d'une prise en considération des éléments de fait s'est peu à peu imposée, en liaison avec l'apparition de la nécessité de distinguer l'allégeance politique d'une société de sa simple allégeance juridique.

Il reste que ces progrès sont insuffisants, nous avons pu nous en rendre compte : des problèmes subsistent, qui seront plus ou moins difficiles à résoudre.

Certes, une évolution assez remarquable est à relever de nos jours dans le mécanisme de la protection diplomatique. La Convention des Droits de l'Homme (488) du 4 novembre 1950 autorise les personnes physiques et les « organisations non gouvernementales et les groupes de particuliers » à saisir la Convention européenne des Droits de l'Homme (489) d'une plainte fondée sur la violation des droits que la Convention consacre. Les réclamations introduites peuvent avoir pour objet la réparation d'un dommage ayant pour auteur un Etat, quel qu'il soit, Etat national du requérant ou Etat étranger, partie à la Convention.

Certes, les traités instituant les Communautés européennes reconnaissent le droit d'ester en justice devant la Cour de Justice des Communautés à des entreprises, association d'entreprises (490), ou, plus généralement, à des personnes morales (491), mais seulement,

---

(488) Sur les transformations de la protection diplomatique, voir : Berlia (G.), « Contribution à l'étude de la protection diplomatique », *Annuaire français de droit international*, 1957, p. 63 ; Cavare (L.), « Les transformations de la protection diplomatique », *Mélanges Makarov, Z.A.O.R.V.*, vol. 19, 1958, n° 1-3 ; Garcia Amador, « La doctrine de la protection diplomatique et la reconnaissance internationale des Droits fondamentaux de l'Homme », *Rev. de Dr. internat. et de Science diplomatique*, n° 4, 1956, p. 353.

(489) Art. 25.

(490) Art. 33, § 2, du Traité C.E.C.A.

(491) Art. 175 du Traité C.E.E. et 176 du Traité Euratom.

notons-le, s'il y a violation au détriment de ces entreprises des droits établis par le traité.

Certes, enfin, la Cour internationale de Justice, par son avis consultatif en date du 11 avril 1949 relatif aux dommages subis au service des Nations Unies (492), a reconnu à l'O.N.U. le droit d'exercer une « protection fonctionnelle » au profit de ses agents. Qu'une institution internationale non étatique puisse exercer une protection met donc en question le caractère de relation interétatique qui était le propre de la protection diplomatique.

Il n'en reste pas moins que ces divers aspects des transformations de la protection diplomatique ne s'appliquent aux sociétés que de façon indirecte et partielle. Le fond du problème, et c'est là-dessus que nous conclurons, c'est le fait que, entre le « germe d'internationalisme » que, par sa nature même, contient toute société, et les exigences d'une protection diplomatique à base de souveraineté nationale, existe une antinomie fondamentale. C'est ce que constate Paul de Visscher, c'est ce qu'on ne peut pas ne pas constater. Au long de toute notre étude nous avons constamment perçu ce fait en filigrane. Là se trouve la source de toutes les difficultés. Mais le problème n'est pas simple à résoudre, car le lien de nationalité est le fondement de la protection diplomatique, alors qu'une société a, plus ou moins, mais toujours, la vocation internationale.

Vu : *le Président :*
Signé : Ch. Rousseau.

Vu : *le Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences économiques,*
Signé : G. Vedel.

Vu et permis d'imprimer :
Pr. le Recteur de l'Académie de Paris :
Signé :

(492) *Rec.* 1949, pp. 181-182.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

1° Ouvrages généraux :

Batiffol (H.), *Traité élémentaire de Droit international privé.* Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1959. 941 p., 24 × 15 cm.

Descamps et Renault, *Recueil des traités du XX^e siècle.* Paris, 1904 .7 vol. in-4°.

Green (L. C.), *International Law through the cases.* London, Stevens and sons, 1951. In-4°, XXVIII-913 p.

Guggenheim (P.), *Traité de Droit international public.* Genève, Georg, 1953. 2 vol. in-8°.

Hackworth (G. H.), *Digest of international Law.* Washington, Govern. Printing Office, 1940-1944. 8 vol. in-4°.

Hyde (C. C.), *International Law chiefly as interpreted and applied by the United States.* Boston, Little Brown, 1922. 2 vol. in-8°.

Lerebours-Pigeonnière (P.), *Droit international privé,* huitième édition par Yvon Loussouarn. Paris, Dalloz, 1962. 665 p., 18 × 11 cm, coll. des Précis Dalloz.

Lyon-Caen et Renault, *Manuel de Droit commercial.* Paris, 1929, in-8°.

Moore (J. B.), *A digest of international Law.* Washington, Government Printing Office, 1906. 8 vol. in-8°.

Niboyet (P.), *Traité de Droit international privé français,* t. II, éd. 1951. Paris, Sirey, 1944-1960. 7 vol. in-8°.

Pillet (A.), *Traité de Droit international privé,* t. II, 1923. Grenoble, Allier et Paris, Tenin, 1923-1924. 2 vol. in-4°.

Reuter (P.), *Droit international public,* éd. 1958 et 1963. Paris, Presses universitaires de France, 1958 et 1963. In-12°, VIII-443 p. (éd. 1958) et XII-383 p. (éd. 1963). Coll. des manuels Thémis.

Rousseau (Ch.), « Principes de Droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye,* 1958, t. I, pp. 373 à 548.

Savatier (R.), *Cours de Droit international privé.* Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1947.

Weiss (A.), *Traité théorique et pratique de Droit international privé,* t. II, 1908. Paris, Ténin, 1907-1913. 5 vol. in-8°.

2° Ouvrages spéciaux :

ADAM (H. T.), *Les établissements publics internationaux*, préface de Henri TEITGEN. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957. In-8°, IX-325 p. (Bibliothèque de Droit international, sous le patronage de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de l'Université de Paris, t. III).

BATTAGLINI (G.), *La protezione diplomatica delle società*, Padova, Cedam, 1957. In-4°, XX-355 p. (Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova, XX.)

BINDSCHEDLER (R.-L.), « La protection de la propriété privée en Droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1956, t. II, pp. 179 à 298.

BONNEFOUS (E.), *Les milliards qui s'envolent (l'aide française aux pays sous-développés)*. Paris, Fayard, 1963. 293 p., 13 × 22 cm.

BORCHARD (E.), *Diplomatic protection of citizens abroad*. New-York, The Banks Law publishing C°, 1919, XXXVII-988 p.

COULOMBEL (P.), *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales en Droit privé français*. Langres, Imprimerie Moderne, 1950. In-8°, 408 p. Thèse Droit, Nancy, 1949.

DOMINICÉ (Ch.), *La notion du caractère ennemi des biens privés dans la guerre sur terre*, Librairie E. Droz, Genève, 1961, 23 × 16 cm, 255 p. Thèse Droit, Genève, 1961.

DONNEDIEU DE VABRES (J.), *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois, depuis le début du* XX^e^ *siècle*. Paris, Sirey, 1937. In-8°, 781 p. Thèse Droit, Paris, 1937.

FOIGHEL (I.), *Nationalization, a study in the protection of alien property in international law*. London, Stevens and sons, 1957.

FRIEDMAN (S.), *L'expropriation en Droit international public*. Le Caire, S.O.P. Press, 1950. Paginé 205 à 433, extrait de l' « Egypte contemporaine », t. XLI. Thèse Droit, Paris, 1949.

GORDON (C. W.), *The expropriation of foreign owned property in Mexico*. Washington, 1951.

KUNZ (J. L.), *Mexican expropriations*. New-York, 1940.

LA FONTAINE (H.), *Pasicrisie internationale (Histoire documentaire des arbitrages internationaux, 1794-1900)*. Berne, Imprimerie Stampfli. 1902. In-4°, XVI-670 p.

LA PRADELLE et POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, préface de Louis RENAULT. Paris, Pedone, t. I, 1905 ; t. II, 1923 ; t. III, 1954. 3 vol. in-4°.

LOUSSOUARN (Y.), « La condition des personnes morales en Droit international privé », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1959, t. I, pp. 447 à 550.

LOUSSOUARN (Y.), *Les conflits de lois en matière de sociétés*, préface de Roger HOUIN. Paris, Sirey, 1949. Thèse Droit, Rennes, 1949.

MacNair (Sir A. D.), *International Law Opinions.* Cambridge, The University Press, 1956. 3 vol. in-8°.

Michoud (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au Droit français.* Paris, 2 vol. in-8°.

Moore (J. B.), *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States have been a party.* Washington, Gov. Print. Office, 1898. 6 vol. in-8°.

Parry (Cl.), « Some considerations upon the protection of individual in international law », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye,* 1956, t. II, pp. 657 à 723.

Pepy (A.), *De la nationalité des sociétés de commerce.* Thèse ,Paris, 1920. In-8°, XI-310 p.

Phillimore (Sir Robert), *Commentaries upon International Law.* London, 1873. 4 vol. in-8°.

Pillet (A.), *Les personnes morales en Droit international privé.* Paris, Sirey, 1914.

Ralston (J. H.), *Law and procedure of international tribunals.* Standford University, Standford University Press, 1926. In-8°, XL-512 p. (Supplément 1936, XX-231 p.).

Ralston (J. H.), *Venezuelian Arbitrations of 1903.* Washington, 1904.

Roth (L.), *The minimum Standard of international Law applied to aliens,* 1949.

Rousseau (Ch.), *Droit international public,* « La protection diplomatique ,» Paris, Les Cours de Droit, 1963, 248 p.

Scott (J. B.), *The Hague Court Reports,* 2e série, p. 40. Ed. with an introduction by James Brown Scott. New-York, Oxford University Press, 1932. In-8°.

Seferiades (S.), « Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales », *Recueil des Cours de l'Académie internationate de La Haye,* 1935, t. I, pp. 5 à 117.

Sereni (A. P.), *Le organizzioni internationali.* Milan, A. Giuffré, 1959. In-4°, XXVIII-327 p.

Sereni (A. P.), « International economic institutions and the municipal law of States », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye,* 1959, t. I, pp. 135 à 232.

Shawcross (Sir H. W.), « The problems of foreign investment in international law » (« Le problème des investissements à l'étranger en Droit international »), *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye,* pp. 339 à 363 (en anglais) et pp. 369 à 393 (en français).

Travers (M.), « La nationalité des sociétés commerciales », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye,* 1930, t. III. pp. 5 à 109.

Vienot (G.), *Nationalisations étrangères et intérêts français.* Paris, 1953.

Visscher (Ch. de), « Le déni de justice en Droit international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye,* 1935, t. II, pp. 369 à 438.

VISSCHER (P. de), « La protection diplomatique des personnes morales », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1961, t. I, pp. 399 à 506.

WITENBERG (J. C.), « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1932, t. III, pp. 5 à 132.

WITENBERG (J. C.), *Jurisprudence de la Commission de réclamations germano-américaine*. Paris, Presses Universitaires de France, 1926-1927. 2 vol. in-8°.

3° Articles de revues ou études faisant partie d'une publication collective :

ARMINJON (P.), « De la nationalité des personnes morales », art. dans *Revue de Droit international et de Législation comparée*, pp. 381 à 411 (1902).

BAGGE (A.), « Intervention on the ground of damage caused to nationals, with particular reference to exhaustion of local remedies and the rights of shareholders », art. dans *British Year Book of international Law*, 1958, pp. 162 à 175.

BASTID (Mme S.) et LUCHAIRE (F.), « La condition juridique internationale des sociétés constituées par des étrangers », Rapport général de Droit international public dans *La Personnalité morale et ses limites* (Travaux et Recherches de l'Institut de Droit comparé de Paris, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1960), pp. 159 à 167.

BASTID (Mme S.), « L'affaire Nottebohm devant la Cour internationale de Justice », art. dans *Revue critique de Droit international*, 1956, pp. 607 à 633.

BECKETT (Sir Eric), « Diplomatic Claims in respect of injuries to companies », *Transaction of the Grotius Society*, 1932, vol. 17, pp. 175 à 194.

BERLIA (G.), « Contribution à l'étude de la nature de la Protection diplomatique », *Annuaire français de Droit international*, 1957, p. 63.

BOECK (Ch. de), « La sentence arbitrale de la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire Canevaro », art. dans *Revue générale de Droit international public*, 1913, pp. 317 à 372.

BORCHARD (E.), « Rapport à l'Institut de Droit international sur la protection diplomatique des nationaux à l'étranger », *Annuaire de l'Institut de Droit international*, t. 36, vol. I (Session de Cambridge, 1931), pp. 292 et s. et t. 37 (Session d'Oslo, 1932), pp. 235 et s.

CAVARE (L.), « Les transformations de la protection diplomatique », *Mélanges Makarov, Z.A.O.R.V.*, vol. 19, 1958, n° 1-3.

DARRAS (A.), « L'affaire Cerruti entre la Colombie et l'Italie », art. dans *Revue générale de Droit international public*, 1899, pp. 533 à 552.

DOMAN (N. R.), « Postwar Nationalization of foreign property in Europe », art. dans *Columbia Law Review*, 1948, pp. 1125 à 1161.

FISCHER (G.), « La garantie gouvernementale accordée aux investissements privés à l'étranger », art. dans *Revue juridique et politique de l'Outremer*, 1955, pp. 495 et s.

FITZMAURICE (G. G.), « The case « I'm alone », art. dans *British Year Book of international Law*, pp. 82 à 111.

FOCSANEANU (L.), « Les sociétés commerciales dans les projets et propositions de conventions internationales multilatérales tendant à la protection de la propriété étrangère », dans *La Personnalité morale et ses limites* (Travaux et Recherches de l'Institut de Droit comparé de Paris, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1960), pp. 243 à 269.

GARCIA AMADOR (F. V.), « La doctrine de la protection diplomatique et la reconnaissance internationale des Droits fondamentaux de l'Homme », art. dans *Revue de Droit international et de Science diplomatique*, pp. 353 à 362.

GOVARE (G.), « Les sociétés universelles », *Rapport à la 43e conférence de l'International Law association*, Bruxelles, 1948.

HOSTIE (J.), « La sentence arbitrale de M. Bagge dans le différend anglo-finlandais », *A.G.D.I.P.*, 1936, pp. 327 à 357.

HUET (P.), « L'agence européenne pour l'Energie nucléaire et la société Eurochemic », *Annuaire français de Droit international*, 1958, pp. 512 et s.

HURST (Sir Cecil), « Nationality of claims », art. in *British Year Book of International Law*, 1926, pp. 163 à 182.

JACOBI (P.), « La condition juridique des Sociétés anonymes étrangères », *International Law association*, XXVII, Conférence de 1912, p. 379.

KISS (C.-A.), « La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales », dans *La Personnalité morale et ses limites* (Travaux et Recherches de l'Institut de Droit comparé de Paris, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1960), pp. 179 à 210.

KOHLER, « Die Lehren des Canevarofalles », in *Zutschrift für Völkerrecht*, 1913, pp. 1 à 10.

KRONSTEIN (H.), « The nationality of international enterprises », art. in *Columbia Law Review*, 1952, pp. 983 et s.

LANGROD (G.), « Quelques aspects du problème des établissements publics internationaux », *Archiv des Völkerrechts*, 1958, pp. 113 et s.

MACNAIR (Sir A. D.), « The national character and status of corporations », art. in *British Year Book of International Law*, 1923-1924, pp. 44 à 59.

MAZEAUD (L.), « De la nationalité des sociétés », art. dans *Journal du Droit international*, 1928, pp. 30 à 66.

MERVYN JONES, « Claims on behalf of nationals who are shareholders in foreign companies », art. in *British Year Book of International Law*, 1949, pp. 225 à 258.

NIBOYET (P.), « Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés ? », art. dans *Revue Critique de Droit international privé*, 1927, pp. 402 et s.

NIBOYET (P.), « Rapport préliminaire sur les sociétés internationales », *International Law Association*, 45e conférence, Lucerne, 1952.

NOREM (R. A.), « Determination of enemy character of Corporations », art. in *American Journal of International Law*, 1930, pp. 310 à 336.

RUNDSTEIN (S.), « Rapport du sous-comité d'experts pour la codification progressive du Droit international sur la nationalité des sociétés de commerce et leur protection diplomatique », *Documents de la Société des Nations*, C 207, M 81, 1927, V.

SCELLE (G.), « L'affaire de la Orinoco Steamship Company », art. dans *Revue générale de Droit international public*, 1911, pp. 164 à 202.

SEIDL-HOHENVELDERN (I.), « European Companies », *Journal of Business Law*, avril 1959, pp. 120 et s.

SERENI (A. P.), « La cittadinanza degli enti morali nel diritto internazionale », in *Rivisto di diritto internazionale*, 1934, p. 171.

THALLER (E.), « Esquisse de réforme de la législation des étrangers », *Revue politique et parlementaire*, t. 93, 1917, pp. 5 à 41.

VERDIER (J. M.), « L'évolution récente et les données actuelles de la condition des personnes physiques et morales étrangères en Tunisie », art. dans *Revue juridique et politique de l'Outremer*, 1959, pp. 100 à 115.

VERZIJL (J. H.), « La règle de l'épuisement des recours internes », Rapport à l'Institut de Droit international, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1954, t. I, pp. 5 à 111.

VIGNES (D.), « La protection diplomatique des actionnaires dans les conventions internationales bilatérales », dans *La Personnalité morale et ses limites*, (Travaux et Recherches de l'Institut de Droit comparé de Paris, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1960), pp. 211 à 241.

VISSCHER (Ch. de), « La nationalité et le caractère ennemi des sociétés commerciales d'après la jurisprudence des Cours anglaises », art. dans *Revue de Droit international privé*, 1917, pp. 501-515.

VISSCHER (Ch. de), « De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée », art. dans *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1934, pp. 624 à 651.

VISSCHER (Ch. de), « La technique de la personnalité juridique en droit international public et en droit international privé », art. dans *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1936, pp. 482 et s.

VISSCHER (P. de), « Les aspects juridiques fondamentaux de l'affaire de Suez », art. dans *Revue générale de Droit international public*, 1958, pp. 400 à 443.

VISSCHER (P. de), « L'affaire Nottebohm », art. dans *Revue générale de Droit international public*, 1956, pp. 238 à 266.

WALKER (H.), « Provisions on Companies in U.S. Commercial Treaties », art. in *American Journal of International Law*, 1956, pp. 373 à 393.

WITENBERG (J. C.), « La protection de la propriété immobilière des étrangers », art. dans *Journal du Droit international*, 1928, p. 580.

ZEBALLOS (E. S.), « De la condition dans la République Argentine des sociétés organisées en pays étranger », art. dans *Journal du Droit international*, 1906, pp. 604 à 618.

TABLE DES MATIERES

Pages

INTRODUCTION GENERALE 7

PREMIÈRE PARTIE

LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES SOCIETES EN TANT QUE TELLES

19

CHAPITRE PRELIMINAIRE : Les conditions d'exercice de la protection diplomatique et la position de la personne morale que constitue la société..... 23

SECTION I

Les conditions d'exercice de la protection diplomatique..... 23

§ 1 : La nationalité du réclamant..... 23

A. L'attribution de la nationalité et l'appréciation de sa valeur 24

B. Moment auquel doit être appréciée la nationalité.. 29

§ 2 : Epuisement préalable des recours internes..... 32

§ 3 : Conduite correcte du réclamant (théorie des « mains propres ») 34

SECTION II

La position des sociétés..... 36

§ 1 : Epuisement des recours internes et théorie des « clean hands » 36

§ 2 : La nationalité de la société réclamante..... 38

TITRE PREMIER

LES CRITERES DE DETERMINATION DE LA NATIONALITE DES SOCIETES 43

CHAPITRE PREMIER : Les critères traditionnels 45

Section I

L'enregistrement 45

Section II

Le siège social 47
§ 1 : Historique du critère 49
1° Lutte entre le siège social et le centre d'exploitation 49
2° La victoire du siège social 51
§ 2 : Les caractères que doit présenter le siège social 52

CHAPITRE II : Le contrôle 59

Section I

Naissance de la théorie du contrôle 59

Section II

Apogée et décadence de la théorie du contrôle 64

Section III

La position du problème 68

TITRE II

LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES SOCIETES DANS LA JURISPRUDENCE ET LA PRATIQUE INTERNATIONALES 73

CHAPITRE PREMIER : La pratique des Etats 77

Section I

La pratique des Etats-Unis 77
§ 1 : Les principes 77
§ 2 : Etude de quelques affaires 80

Section II

La pratique de la Grande-Bretagne 83

Section III

La pratique suisse 86

Section IV

La pratique française 87

Section V

Un aspect de la pratique belge 89

CHAPITRE II : La jurisprudence internationale..... 92

Section I

L'ancienne tendance 92

§ 1 : Concordance des liens d'allégeance..... 93

§ 2 : Arrêts ayant admis les demandes de sociétés sans rechercher la nationalité des détenteurs d'actions..... 95

§ 3 : Arrêts ayant considéré la nationalité des sociétés comme entièrement indépendante de la nationalité étrangère des actionnaires 98

Section II

L'affaire « I'm alone » et la nouvelle tendance 101

— L'affaire « I'm alone » 103

— Affaire « Agency of Canadian Car and Foundry C° »..... 107

— Conclusion : l'affaire de la « Barcelona Traction »..... 110

TITRE III

ESSAI DE CONSTRUCTION
(PROBLEME DU LIEN D'ALLEGEANCE REQUIS
POUR LA PROTECTION DIPLOMATIQUE D'UNE SOCIETE) 113

CHAPITRE PREMIER : L'allégeance politique des sociétés.. 119

Section I

Existe-t-il deux nationalités des sociétés ?..... 119

Section II

La conception de Niboyet 121

§ 1 : Les doctrines rejetant le concept de nationalité des sociétés 121
§ 2 : La solution proposée par Niboyet 124

Section III

Analyse de la notion d'allégeance politique 126

CHAPITRE II : Le point de la question 131
§ 1 : Valeur de l'explication par l'allégeance politique 131
§ 2 : Conséquences de l'application de la notion d'allégeance politique 135

Deuxième Partie

LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES ACTIONNAIRES

..... 143

INTRODUCTION : Intérêt de la question 145

CHAPITRE PREMIER : La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationales 149

Section I

La jurisprudence internationale 149
§ 1 : L'ancienne tendance 149
§ 2 : La nouvelle tendance 152

Section II

La pratique diplomatique 166
§ 1 : L'ancienne tendance 166
A. La pratique américaine 167
B. La pratique anglaise 168
§ 2 : La nouvelle tendance 169
A. La pratique française 169
B. La pratique des Etats-Unis 171
C. La pratique anglaise 173

D. Divers 176

CHAPITRE II : Leçons et enseignements à dégager..... 179

Section I

Fondement doctrinal et justification du droit des actionnaires à la protection diplomatique..... 179

Section II

Nature du droit des actionnaires à la protection diplomatique de leur Etat national..... 181

Section III

Modalités d'exercice et limites de la recevabilité du droit de protection diplomatique des actionnaires..... 183

§ 1 : Caractère subsidiaire de la protection diplomatique des actionnaires par rapport à la protection diplomatique de la société..... 184

§ 2 : Soumission du droit de protection diplomatique des actionnaires aux conditions qui gouvernent la mise en jeu de la responsabilité internationale..... 185

§ 3 : Le droit des actionnaires à la protection diplomatique est encore limité par des conditions spéciales..... 186

Troisième Partie

TRANSFORMATIONS ET ASPECTS NOUVEAUX DU PROBLEME A L'EPOQUE CONTEMPORAINE 191

TITRE PREMIER

PROBLEMES POSES PAR L'INTERNATIONALISATION DE FAIT 195

CHAPITRE PRELIMINAIRE : Le problème des investissements à l'étranger 197

Section I

Les investissements publics 198

SECTION II

Les investissements privés 199
§ 1 : Investissements de propriété réalisés sans contrat ni participation avec l'Etat dans lequel on procède à l'investissement 199
§ 2 : Investissements dépendant d'un accord avec le gouvernement de l'Etat dans lequel on procède à l'investissement 202

CHAPITRE PREMIER : Les conventions d'établissement.... 207
§ 1 : Traités employant seulement le terme de « contrôle » 208
§ 2 : Traités faisant appel à la notion d'intérêt substantiel.. 209
§ 3 : Traités faisant appel à la notion d'intérêt majoritaire.. 210
§ 4 : Traités faisant appel à la notion de contrôle indirect.. 210
§ 5 : Traités faisant appel à la notion de contrôle mixte.... 211
§ 6 : Traités écartant du bénéfice des droits les sociétés dans lesquelles des nationaux d'un Etat autre que les Parties contractantes détiennent des intérêts..... 212
§ 7 : Quels sont les droits reconnus aux sociétés par ces conventions d'établissement ? 212

CHAPITRE II : Le système de garantie-assurance des investissements à l'étranger 215
§ 1 : Les bénéficiaires de la garantie..... 216
§ 2 : Règlement des différends..... 216
§ 3 : Nature juridique et portée du système de garantie-assurance 218
§ 4 : Le problème de l'instauration d'un système d'assurance des investissements à l'étranger 219

CHAPITRE III : Les conventions d'indemnisation..... 223

SECTION I

Les traités antérieurs à la seconde guerre mondiale..... 223
§ 1 : Les Traités de paix..... 223
A. Dispositions des Traités de paix..... 223
B. Application jurisprudentielle des dispositions précédentes 225
§ 2 : Conventions diverses signées entre 1919 et 1939..... 227

SECTION II

Les traités postérieurs à la seconde guerre mondiale 229
§ 1 : Traités réservant la protection aux actionnaires 229
A. Traités de paix signés après la guerre de 1939-1945 229
B. Conventions diverses 231
§ 2 : Dispositions en faveur des sociétés 233
A. Traités de paix 233
B. Conventions restant attachées aux critères traditionnels de détermination de la nationalité des sociétés 234
C. Conventions cumulant les critères traditionnels et la notion d'intérêt substantiel 234
D. Traités déterminant la nationalité des sociétés d'après le seul critère du contrôle 236

CHAPITRE IV : Projets et propositions de conventions multilatérales visant à la protection de la propriété étrangère et des sociétés en particulier 239

SECTION I

Dispositions en faveur des sociétés 239
§ 1 : Propositions déterminant la nationalité des sociétés uniquement d'après le siège social 239
§ 2 : Projets et propositions déterminant la nationalité des sociétés par le siège social ou par le contrôle 240

SECTION II

Projets et propositions permettant la protection distincte des actionnaires ou associés 242

TITRE II

PROBLEMES POSES PAR L'INTERNATIONALISATION DE DROIT 247

SECTION I

Description de quelques sociétés internationales 247
§ 1 : Sociétés soumises à l'allégeance politique et juridique d'une des Parties contractantes 248

§ 2 : Sociétés soumises à l'allégeance juridique d'une des Parties contractantes, mais non à son allégeance politique 249
§ 3 : Société internationale soumise à l'allégeance juridique d'un Etat tiers par rapport aux Etats ayant signé la Convention 251
§ 4 : Les entreprises communes..... 251
§ 5 : L'établissement public européen..... 252

SECTION II

Le problème de la protection diplomatique de ces sociétés.... 253

CONCLUSION GENERALE 257

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE 259

ACHEVE D'IMPRIMER LE 10 NOVEMBRE 1965 SUR LES PRESSES DE GUILLEMOT ET DE LAMOTHE, IMPRIMEURS A LIMOGES ET A PARIS

Editeur N° 204
Imprimeur N° 253
Dépôt légal, 4e trimestre 1965